

	UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
	FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO	F-AC-DBL-007	10-04-2012	A
Dependencia	Aprobado		Pág.	
DIVISIÓN DE BIBLIOTECA	SUBDIRECTOR ACADEMICO		i(55)	

AUTORES	CARLOS EDUARDO REYES RINCON JOHNNY QUINTERO POSADA		
FACULTAD	FACULTAD DE EDUCACION, ARTES Y HUMANIDADES		
PLAN DE ESTUDIOS	DERECHO		
DIRECTOR	NINI MARCELA BONETT		
TÍTULO DE LA TESIS	“LINEA JURISPRUDENCIAL PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA DERECHO PENSIONAL DEL DISCAPACITADO DIFERENCIA ENTRE ENFERMEDAD LABORAL Y GENERAL”,		
RESUMEN (70 palabras aproximadamente)			
<p>LA CAPACIDAD LABORAL DE TODO SER HUMANO ESTÁ SUPEDITADA A UNA SERIE DE FACTORES QUE CONFLUYEN EN EL DESARROLLO O DESEMPEÑO EN SUS FUNCIONES LABORALES, LA ADMINISTRACIÓN PENSIONAL EN COLOMBIA CUENTA CON UN SISTEMA DE EVALUACIÓN QUE PERMITE DETERMINAR LA DISCAPACIDAD DEL TRABAJADOR Y DETERMINAR SI ES APTO O NO PARA OBTENER EL BENEFICIO DE LA PENSIÓN POR INVALIDEZ, LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE LABORAL ASÍ COMO LA MAYORÍA DE LAS ALTAS CORTES HA TENIDO A BIEN UN PRONUNCIAMIENTO QUE PERMITA UNIFICAR LOS TÉRMINOS EN CUENTO A LA CALIFICACIÓN Y POSTERIOR OTORGAMIENTO DEL BENEFICIO DEL DERECHO PENSIONAL O EN SU DEBIDO CASO LA NEGATIVA DEL MISMO.</p>			
CARACTERÍSTICAS			
PÁGINAS:	PLANOS:	ILUSTRACIONES:	CD-ROM:



VÍA ACOLSURE, SEDE EL ALGODONAL, OCAÑA N. DE S.
Línea Gratuita Nacional 018000 121022 / PBX: 097-5690088
www.ufpso.edu.co



“LINEA JURISPRUDENCIAL PROCEDENCIA DE LA ACCION DE TUTELA DERECHO
PENSIONAL DEL DISCAPACITADO DIFERENCIA ENTRE ENFERMEDAD LABORAL Y
GENERAL”,

AUTORES

CARLOS EDUARDO REYES RINCON

Código: 250075

JOHNNY QUINTERO POSADA

Código: 250029

Trabajo de grado modalidad Monografía presentado como requisito para optar por el título de
abogado

Director

NINI MARCELA BONNET

Abogada

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA
FACULTAD DE EDUCACION ARTES Y HUMANIDADES
PLAN DE ESTUDIOS DE DERECHO

Ocaña, Colombia

Mayo, 2016

Dedicatoria

A Dios, como principal fuente de fe y persistencia en los proyectos de nuestras vidas; a nuestras familias que sacrificaron por nosotras valioso tiempo de compartir, por su amor y confianza, apoyo y comprensión en un proceso que nos ha llevado a la formación profesional.

Agradecimientos

Los autores expresan sus agradecimientos:

A la **UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA**, a su cuerpo administrativo y docente especializado por brindarnos los conocimientos necesarios para el desarrollo intelectual y moral como parte fundamental de la formación académica.

A **TODAS AQUELLAS PERSONAS** que brindaron asesorías académicas durante el transcurso de la formación profesional y la realización de este trabajo para optar al título de **ABOGADOS**.

Índice

Capítulo 1. Línea jurisprudencial procedencia de la acción de tutela derecho pensional del discapacitado diferencia entre enfermedad laboral y general	8
1.1 Problema	8
1.2 Planteamiento del Problema	8
1.3 Formulación del Problema	10
1.4 Objetivos.....	10
1.4.1 Objetivo General	10
1.4.2 Objetivos Específicos.....	10
Capítulo 2. Desarrollo De Objetivos	12
2.1 Principales antecedentes históricos desde el punto de vista en Colombia y el mundo.	12
Capítulo 3. Conclusiones	50
Referencias.....	52

Capítulo 1. Línea jurisprudencial procedencia de la acción de tutela derecho pensional del discapacitado diferencia entre enfermedad laboral y general

1.1 Problema

Línea jurisprudencial de Corte Suprema de Justicia Sala laboral en los casos de procedencia de la acción de tutela para obtener el beneficio de la pensión por invalidez.

1.2 Planteamiento del Problema

La capacidad laboral de todo ser humano está supeditada a una serie de factores que confluyen en el desarrollo o desempeño en sus funciones laborales, la administración pensional en Colombia cuenta con un sistema de evaluación que permite determinar la discapacidad del trabajador y determinar si es apto o no para obtener el beneficio de la pensión por invalidez, la corte suprema de justicia sala de laboral así como la mayoría de las altas cortes ha tenido a bien un pronunciamiento que permita unificar los términos en cuanto a la calificación y posterior otorgamiento del beneficio del derecho pensional o en su debido caso la negativa del mismo.

El Sistema General de Riesgos Profesionales Colombiano adoptó la Tabla de Enfermedades Profesionales según el Decreto 2566 del 7 de julio de 2009, con el cual se deroga el Decreto 778 de 1987 y adopta la nueva tabla de enfermedades, no siendo estas las únicas enfermedades por las cuales un trabajador puede obtener el beneficio de la pensión por invalidez, no solo la enfermedad laboral puede considerarse como único requisito para pensionarse, también la enfermedad general en su momento.

El anterior decreto refería una lista de 40 enfermedades que no estaban acordes con el desarrollo técnico del Sistema General de Riesgos laborales y denotaba un gran vacío jurídico por el que se estaban vulnerando los derechos de los trabajadores, el anterior decreto determina claramente cuales enfermedades pueden considerarse y cuales no enfermedades de índole laboral identificando por descarte las demás enfermedades como enfermedades generales.

El 26 de noviembre de 2008, la Honorable Corte Constitucional en Sentencia C-1155 de 2008, declaró inexecutable el Artículo 11 del Decreto 1295 de 1994, el cual definía el concepto de enfermedad profesional y era el soporte jurídico reglamentario de la tabla de enfermedades profesionales, consagrada en el Decreto 1832 de 1994. El decreto y la tabla perdieron vigencia por cuanto la facultad reglamentaria fue declarada inconstitucional.

Al revivirse el concepto de enfermedad profesional a partir de la Sentencia C-1155 de 2008, en Colombia se debe aplicar el Artículo 200, 201 y 202 del Código Sustantivo de Trabajo, y la tabla de enfermedades profesionales establecida en el Decreto 778 de 1987, con una tabla o lista de 40 enfermedades profesionales que presentaba vacíos técnicos y jurídicos para el reconocimiento de enfermedades profesionales tales como el estrés en el trabajo.

El Gobierno Nacional para solucionar las controversias en la calificación y determinación del origen de enfermedad profesional, expidió el Decreto 2566 de 2009, el cual deroga el Decreto 778 de 1987 y se adopta la nueva Tabla de Enfermedades Profesionales para Colombia,

retomando la lista de las 42 Enfermedades profesionales del Decreto 1832 de 1994 que había perdido su vigencia.

En el Artículo 1 el Decreto 2566 de 2009, renace la lista de las 42 enfermedades profesionales, en los Artículos 2 y 3 se consagra la relación de causalidad de enfermedad profesional y el Artículo 4 determina que los casos no contemplados

En la lista de enfermedades profesionales y en la relación de causalidad se consideran de origen común, lo cual no estaba aclarado o definido con precisión en normas anteriores.

1.3 Formulación del Problema

¿Qué elementos esenciales son requeridos para identificar el beneficiario del derecho pensional por discapacidad a través de un estudio de línea jurisprudencial?

1.4 Objetivos

1.4.1 Objetivo General

Identificar elementos jurídicos requeridos que permitan la acción de tutela para obtener pensión por invalidez en Colombia

1.4.2 Objetivos Específicos

- Relacionar los conceptos que identifican los requisitos para obtener pensión por invalidez.

- Identificar el papel que juegan las juntas calificadoras de invalidez Regionales y la Nacional puntos de la jurisprudencia.

- Identificar la procedencia de la reclamación de la pensión de invalidez desde el punto de la calificación y la clasificación como enfermedad general o laboral.

Capítulo 2. Desarrollo De Objetivos

2.1 Principales antecedentes históricos desde el punto de vista en Colombia y el mundo.

La legislación Colombiana estipula los requisitos para obtener el beneficio de la pensión por invalidez desde el punto de vista constitucional al amparo de la garantía al derecho a la seguridad social en pensiones y también desde la norma orgánica es decir desde el enfoque del código sustantivo de trabajo y seguridad social.

Normas referentes

Constitución política de Colombia

Artículo 46:” El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria.

El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

Artículo 47: El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.

Artículo 48:” Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

Artículo 53:” El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

ACTO LEGISLATIVO 001 DE 2005

Artículo 1:” "El Estado garantizará los derechos, la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, respetará los derechos adquiridos con arreglo a la ley y asumirá el pago de la deuda pensional que de acuerdo con la ley esté a su cargo. Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".

"Sin perjuicio de los descuentos, deducciones y embargos a pensiones ordenados de acuerdo con la ley, por ningún motivo podrá dejarse de pagar, congelarse o reducirse el valor de la mesada de las pensiones reconocidas conforme a derecho".

"Para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, así como las demás condiciones que señala la ley, sin perjuicio de lo dispuesto para las pensiones de invalidez y sobrevivencia. Los

requisitos y beneficios para adquirir el derecho a una pensión de invalidez o de sobrevivencia serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones".

"En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos".

"Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido".

"Para la liquidación de las pensiones sólo se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado las cotizaciones. Ninguna pensión podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. Sin embargo, la ley podrá determinar los casos en que se puedan conceder beneficios económicos periódicos inferiores al salario mínimo, a personas de escasos recursos que no cumplan con las condiciones requeridas para tener derecho a una pensión".

"A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".

"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".

"La ley establecerá un procedimiento breve para la revisión de las pensiones reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones y laudos arbitrales válidamente celebrados".

En efecto, la acción de tutela, de acuerdo al artículo 86 de la Constitución Política, es un mecanismo de protección de derechos fundamentales que se orienta bajo los principios de subsidiariedad e inmediatez, por lo cual, no puede entrar a suplir los instrumentos ordinarios destinados a dirimir los conflictos que puedan presentarse en virtud de los dictámenes de calificación de invalidez. La expedición de estos dictámenes, deben debatirse ante la jurisdicción ordinaria laboral pues conforme al decreto 2463 de 2001, artículo 11, inciso 1, el cual señala: "Los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez no son actos administrativos y sólo pueden ser controvertidos ante la justicia laboral ordinaria con fundamento en el artículo 2o. del Código de Procedimiento Laboral.". Con todo, es claro que al no ser actos administrativos, no puede acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para su examen.

Ahora bien, teniendo en cuenta la existencia de mecanismos ordinarios para controvertir los dictámenes de calificación de invalidez, y que al ser este el conducto ordinario, al tutela

deviene improcedente cuando se pretende utilizar como mecanismo principal y no subsidiario para esta clase de debates. No obstante, la Corte también ha establecido dos situaciones en las cuales el recurso de amparo procede de manera excepcional frente a la regla general de improcedencia:

“En primer lugar, la acción de tutela procederá como mecanismo definitivo en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto, lo cual deberá ser analizado por el juez de tutela atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante **(SENTENCIA , 2005)** .

Por ejemplo, en la sentencia T-108 de 2007, la Sala Cuarta de Revisión concluyó que el proceso ordinario laboral no era idóneo y eficaz en el caso de una persona a la cual se le había suspendido el pago de su pensión de invalidez en virtud de que una junta de calificación de invalidez, con violación del debido proceso, determinó que su incapacidad laboral había disminuido de forma tal que ya no alcanzaba el porcentaje a partir del cual la legislación otorga tal prestación. Lo anterior, debido a su edad -62 años-, su estado de salud –sufría de varios padecimientos tales como artrodesis de tobillo y rodilla, hipertensión arterial, dermatosis, insuficiencia venosa crónica de miembros inferiores, etc.-, la consecuente imposibilidad de obtener un trabajo y la ausencia de otro ingreso que le permitiera procurarse una subsistencia digna para él y su familia”.

(...)

En segundo lugar, procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable para lo cual también resulta necesario considerar la situación concreta del solicitante (**SENTENCIA, 2004**).

Así, en la sentencia T-859 de 2004, la Sala Novena de Revisión consideró que era procedente conceder el amparo en forma transitoria a una persona con discapacidad mental calificada como inválida a quien se le había negado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con base en que la fecha de estructuración de la invalidez determinada por la junta de calificación era posterior a la muerte de su padre, a pesar de que su enfermedad se había manifestado desde los dos (2) años. Se indicó que “ni la accionante ni su representada disponen de recursos suficientes para asumir por su cuenta el tratamiento médico (...) sin el cual su salud y calidad de vida amenazan con deteriorarse más. Aunado a lo anterior, es importante recordar que (...) es una persona con una discapacidad física mayor al cincuenta (50%) por ciento, lo que le impide laborar y por ende procurarse un ingreso propio. De todo lo anterior se infiere que la afectada se encuentra frente a un perjuicio irremediable que hace viable la protección de sus derechos fundamentales”. (**SENTENCIA, 2004**)

En igual sentido, la Corte en reiterada jurisprudencia ha señalado que cuando se trata de proteger derechos de personas disminuidas física o psíquicamente, el examen de procedibilidad frente al recurso de amparo debe hacerse menos estricto, pues se está ante un sujeto de especial protección constitucional.

... está Sala reiterará la jurisprudencia citada, de manera que le sean protegidos sus derechos. Por consiguiente, en aras de proteger la dignidad humana, la seguridad social, la salud, la protección reforzada a quienes se hallen en circunstancia de debilidad manifiesta y el mínimo vital, se dejará sin efectos el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, así como la Resolución por la cual se negó el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez y en su lugar, se ordenará a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez realice nueva evaluación técnica científica del grado de pérdida de la capacidad laboral tanto física como de carácter psiquiátrico.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Segunda. Lo que se debate.

“La accionante interpone la acción de tutela al considerar que las Juntas Regional y Nacional de Invalidez y el Seguro Social, Pensiones, han vulnerado sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud, trabajo y debido proceso, al calificarla en un porcentaje inferior al 50% de pérdida de capacidad laboral, negándole así la posibilidad de obtener el reconocimiento a la pensión de invalidez”

Tercera. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Sobre el derecho a la pensión de invalidez ha señalado esta corporación (SENTENCIA, 2005), ***“en los eventos en que el derecho a la pensión de invalidez adquiere relevancia constitucional y se convierte en un derecho fundamental por su conexidad con la protección de otros derechos fundamentales, el afectado puede solicitar su reconocimiento y pago mediante el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar el perjuicio irremediable que se configuraría de obligarlo a agotar los mecanismos ordinarios, mientras no cuenta con recursos que garanticen su subsistencia digna y la de su familia”***.

En el mismo sentido, también se aprecia en la jurisprudencia constitucional (**SENTENCIA T-138, 2005**) que *“el derecho al reconocimiento de la pensión de aquellas personas que se encuentran en estado de invalidez, adquiere la condición de derecho fundamental por su conexidad con el derecho a la vida”*; además:

“De esta manera en razón a la invalidez que tiene la persona, ésta se encuentra en un estado de indefensión que merece una especial protección, pues resulta muy difícil considerar que pueda encontrar otra fuente de ingresos diferente a su pensión, con la cual garantice su derecho al mínimo vital.” En relación con la procedencia de la acción de tutela en casos en donde el no reconocimiento de la pensión de invalidez transgrede el mínimo vital, la Corte ha dicho:

‘Cuando la autoridad pública o el particular encargado de prestar los servicios inherentes a la seguridad social la vulneran, al privar arbitrariamente a una persona de la pensión de invalidez que le permite su digna subsistencia, están sometidos a la jurisdicción constitucional en cuanto amenazan de manera directa derechos constitucionales, por lo cual la controversia acerca de la correspondiente protección judicial no debe darse en el plano de la ley sino en el nivel superior de la normatividad fundamental. De allí que tenga validez en tales casos la acción de tutela, si falta un mecanismo ordinario con suficiente aptitud y eficacia para imponer de manera inmediata el debido respeto a los preceptos constitucionales.’ (T-138 de febrero 17 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

Así, está visto que tal derecho constituye una garantía para quienes han sufrido un detrimento en su capacidad laboral y como consecuencia, no están en condiciones de procurarse los medios básicos de subsistencia. En efecto, en razón de la invalidez que tiene la persona y por su estado de debilidad manifiesta (art. 13 y 48 Const.), merece una protección especial, por la imposibilidad de encontrar otra fuente de ingresos con la cual se garantice su acceso al mínimo vital.

De igual manera en sentencia T-1291 de diciembre 7 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández, se indicó:

“Específicamente acerca del reconocimiento y pago de una pensión, esta Corporación ha aceptado reiteradamente que la tutela constituye un medio legítimo en el cual se protegen por conexidad derechos fundamentales como la igualdad, la vida y los derechos del trabajador. Tenemos entonces que es tangible la vocación asignada al amparo constitucional cuando se presenten conflictos en el funcionamiento del sistema de seguridad social y se ponga en peligro, por conexidad, cualquier derecho fundamental. Es necesario identificar entonces, cuáles han sido algunas de las directrices planteadas por esta Corporación, cuando en la aplicación de las normas que definen este sistema, se vulneren derechos fundamentales.”

Como conclusión, es preciso aceptar que en el Congreso se encuentra la facultad para regular y definir íntegramente el sistema de seguridad social y que dentro de tales prerrogativas se encuentra la posibilidad de establecer los requisitos y condiciones para acceder a los subsistemas y los beneficios incluidos en éstos. Sin embargo, tal y como se señaló, la determinación de esas condiciones no puede contrariar la Constitución Política ni desconocer los principios que lo gobiernan.

3.5. Ante las competencias asignadas al legislador en la materia, es necesario entender que las estrategias adoptadas por éste no tienen carácter absoluto y menos aislado, y deben ajustarse a los requerimientos de la Constitución y, en general, corresponder a los principios que lo rigen. Dentro de este ámbito, la Corporación ha señalado que la acción de tutela constituye un mecanismo idóneo para proteger a aquellos que, en aplicación de la norma jurídica o ante la inexistencia de ella, no pueden acceder a los beneficios que integran el sistema, son discriminados, desprotegidos, o que son excluidos por acción u omisión del agente o la autoridad pública

... ..

Concluimos entonces que por regla general, a partir de los derechos prestacionales no es posible encauzar pretensiones subjetivas a través de la tutela, salvo que el desconocimiento de cualquiera de aquellos vulnere de manera manifiesta y directa los derechos fundamentales. A

partir de tal fenómeno se podrá predicar la transmutación del derecho social hacia una realidad concreta en favor de un sujeto específico, merecedora de ser protegida por este medio.

3.6. *Pues bien, conforme al panorama planteado, la Corte ha identificado en varias oportunidades al derecho a la seguridad social como un medio esencial para la satisfacción de varios derechos fundamentales, entre ellos la vida, la dignidad humana, el trabajo y la igualdad. Para el efecto, y una vez de frente a la ponderación de éstos con las condiciones previstas en los diferentes subsistemas de la seguridad social, ha reconocido varias condiciones especiales o de excepción sobre el funcionamiento “normal” del sistema, sobre todo en lo que respecta a los sujetos de especial protección señalados en la Constitución Política.”*

Por tanto, las autoridades deben actuar en concordancia con tal situación de debilidad y obrar con diligencia en la atención del físicamente disminuido, a quien correlativamente se le debe asegurar ese derecho al mínimo vital, esto es, la provisión de unas condiciones que permitan la subsistencia, donde sus necesidades inalienables estén satisfechas, todo enmarcado dentro del fundamental concepto de la dignidad humana.

Cuarta. Juntas de Calificación de Invalidez.

Según ha reiterado esta Corte (**SENTENCIA T-595 DE 2002**), *“la Carta Política de 1991 contempla una especial protección para todos aquellos grupos marginados o desaventajados de la sociedad que, en razón a su situación, suelen ver limitado el ejercicio y el goce efectivo de sus derechos fundamentales”*.

De igual forma, ha precisado que las Juntas de Calificación de Invalidez, pueden ser sujetos de la acción de tutela (**SENTENCIA C-1002 DE 2004**), pues *“son verdaderos órganos públicos pertenecientes al sector de la seguridad social que ejercen una función pública pese a que los miembros encargados de evaluar la pérdida de capacidad laboral sean particulares”*. Además,

“su estructura general está determinada por la ley, lo que indica que no es la iniciativa privada la que señala su composición interna”.

En la misma providencia se determinó *“que la importancia de los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación de Invalidez radica en que sus decisiones constituyen el fundamento jurídico autorizado, de carácter técnico científico, para proceder con el reconocimiento de las prestaciones sociales cuya base en derecho es la pérdida de la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. Como ya se dijo, el dictamen de las juntas es la pieza fundamental para proceder a la expedición del acto administrativo de reconocimiento o denegación de la pensión que se solicita. En este sentido, dichos dictámenes se convierten en documentos obligatorios para efectos del reconocimiento de las prestaciones a que se ha hecho alusión”.*

De acuerdo con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 2463 de 20011, *“las juntas de calificación de invalidez son organismos de creación legal, autónomos, sin ánimo de lucro, de carácter privado, sin personería jurídica, cuyas decisiones son de carácter obligatorio. Sus integrantes son designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, de conformidad con lo señalado en el artículo 17 del presente decreto, no tienen el carácter de servidores públicos, no devengan salario, ni prestaciones sociales, sólo tienen derecho a los honorarios establecidos en el presente decreto”.*

Su fin primordial es *“calificar el grado de pérdida de la capacidad laboral en caso de accidente o enfermedad” (Decreto 2461, 2001)*, de conformidad con lo previsto en la ley 100 de 1993 y en el Manual Único para la Calificación de Invalidez.

La Corte en sentencia T- 436 de 2005 (abril 28), M. P. Clara Inés Vargas Hernández, concluyó que las Juntas de Calificación de Invalidez deben observar unas reglas básicas:

“i) La solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral sólo podrá tramitarse cuando las entidades hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad de su realización. Al efecto, a tal solicitud se debe allegar el certificado correspondiente (Art. 9° del Decreto 917 de 1999 y arts. 23 y 25-3 del Decreto 2463 de 2001).

ii) Valoración completa del estado de salud de la persona cuya invalidez se dictamina o se revisa, para lo cual las juntas deben proceder a realizar el examen físico correspondiente antes de elaborar y sustanciar la respectiva ponencia (Art. 28 ibíd.); y

iii) Motivación de las decisiones adoptadas por estos organismos, pues deben sustanciar los dictámenes que emiten explicando y justificando en forma técnico científica la decisión que adoptan (arts. 28 a 31 ibid).”

Además, los artículos 11 y 40 del Decreto 2463 de 2001 asignan competencia a la justicia ordinaria laboral para conocer de la impugnación de los dictámenes de los juntas de calificación de invalidez, dado que tales actos no son propiamente administrativos.

Frente a lo anterior, es preciso observar lo previsto en el Decreto 2591 de 1991, artículo 6° numeral 1°, que hace improcedente la acción de tutela cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, debiendo la existencia de dichos medios ser *“apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”*, como se ha precisado en amplia jurisprudencia de esta corporación (**SENTENCIA T-1128, 2005**).

Ello significa que puede el interesado ejercer la acción de tutela cuando pretenda impedir la consumación de un daño actual, grave e inminente a sus derechos fundamentales, de manera

transitoria o definitiva, siempre y cuando se establezca que para el caso en concreto dichos medios no resultan eficaces como la tutela para la protección inmediata de los derechos conculcados o amenazados. De tal manera, se ha precisado que no es suficiente que existan otros medios de defensa judicial para debatir un asunto, sino que es preciso, además, que tales medios sean idóneos para garantizar la efectiva protección de los derechos reclamados.

Respecto a la capacidad económica, es de señalar:

“... la jurisprudencia constitucional ha acogido el principio general establecido en nuestra legislación civil referido a que incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite la consecuencia jurídica de la norma aplicable al caso, excepto los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas, las cuales no requieren prueba.

En este sentido, la Corte Constitucional ha entendido que él no contar con la capacidad económica es una negación indefinida que no requiere ser probada y que invierte la carga de la prueba en el demandado, que deberá probar en contrario.

De otra parte, en materia de incapacidad económica la Corte Constitucional ha establecido que: (i) no existe una tarifa legal para su prueba, pues, para la Corporación, ésta puede verificarse a través de cualquier medio probatorio, incluyendo la presunción legal de la incapacidad, y (ii) se aplica la presunción de buena fe establecida en el artículo 83 de nuestra Carta Política.”

(SENTENCIA T-151, 2006) (No está en negrilla en el texto original.)

Reiterando la jurisprudencia de esta corporación es de señalar:

“... ‘la pensión de invalidez representa para quien ha perdido total o parcialmente la capacidad de trabajar y no puede por sí mismo proveerse de los medios indispensables para su subsistencia, un derecho esencial e irrenunciable’, debido a que ésta se convierte en la única fuente de ingresos y por tanto, el medio por excelencia para obtener, ante la adversidad, lo

necesario para mantener una familia y subsistir en condiciones dignas y justas... frente a estas condiciones esta Corporación ha concluido que 'El Estado entonces debe nivelar esa situación, mediante el otorgamiento de una prestación económica y de salud'.

Bajo los términos anteriores la pensión de invalidez se concreta como una medida de justicia social que refuerza los principios constitucionales orientados hacia la protección especial de las personas discapacitadas, que por situaciones involuntarias o trágicas 'requieren un tratamiento diferencial positivo y protector, con el fin de recibir un trato digno e igualitario en la comunidad (inciso 2º y 3º del artículo 13 de la C.N.)'.

... ..

Tenemos, en conclusión, que la naturaleza de la pensión de invalidez tiene su sustento más claro en la dignidad del discapacitado y es, sin duda, uno de los elementos esenciales a través del cual se predica, en términos reales, la protección especial de éste y su integración a la sociedad, es decir, tal y como se anotó, constituye una verdadera estrategia para hacer frente a la minusvalía. En la medida en que dicha prestación constituya el único medio para que el discapacitado derive su subsistencia, adquiere una connotación fundamental que merece ser resguardada a través de la acción de tutela.” (SENTENCIA T-1291, 2005)

Por consiguiente, en aras de proteger la dignidad humana, la seguridad social, la salud, la protección reforzada a quienes se hallen en circunstancia de debilidad manifiesta y el mínimo vital, se dejará sin efectos el dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, así como la Resolución por la cual se negó el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez y, en su lugar, se ordenará a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez realice nueva evaluación técnica científica del grado de pérdida de la capacidad laboral.

Sentencia T-092/10

Ciertamente tal derecho constituye una garantía excepcional para quienes han sufrido un menoscabo en su capacidad laboral y, como consecuencia, no están en condiciones de procurarse los medios básicos de subsistencia. En efecto, en razón de la invalidez que padece la persona y por su estado de debilidad manifiesta, merece una protección especial, por la imposibilidad de encontrar otra fuente de ingresos con la cual se garantice su mínimo vital.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Tercera. Procedencia excepcional de la acción de tutela para impetrar el reconocimiento de pensión de invalidez. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. Esta corporación ha señalado que, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para obtener el reconocimiento y pago de pensiones, debido al carácter residual y subsidiario que regula este mecanismo de protección de derechos fundamentales, pues, por un lado, la efectividad del derecho reclamado depende del cumplimiento de requisitos y condiciones señaladas en la ley y, por otro, si llegara a existir controversia, el interesado cuenta con medios ordinarios de defensa judicial consagrados al efecto (**SENTENCIA T-01, 2009**).

3.2. Sin embargo, de manera excepcional se acepta la procedencia del amparo constitucional, si se llegare a establecer que aquellos mecanismos judiciales de que dispone el afectado no son lo suficientemente efectivos para evitar un perjuicio irremediable (**SENTENCIA T-607, 2007**), resultando así idóneo el medio constitucional para amparar a quien afronta la vulneración de un derecho que, en la situación fáctica particular, se integra con la fundamentalidad de los derechos a la vida digna y al mínimo vital. Al respecto, la Corte Constitucional ha manifestado:

“Cuando la autoridad pública o el particular encargado de prestar los servicios inherentes a la seguridad social la vulneran, al privar arbitrariamente a una persona de la pensión de invalidez que le permite su digna subsistencia, están sometidos a la jurisdicción constitucional

en cuanto amenazan de manera directa derechos constitucionales, por lo cual la controversia acerca de la correspondiente protección judicial no debe darse en el plano de la ley sino en el nivel superior de la normatividad fundamental. De allí que tenga validez en tales casos la acción de tutela, si falta un mecanismo ordinario con suficiente aptitud y eficacia para imponer de manera inmediata el debido respeto a los preceptos constitucionales.”
(SENTENCIA T-248, 1998).

3.3. Sabido es cuán gravoso resulta someter a un litigio ordinario laboral o contencioso administrativo, con su lenta evacuación y vicisitudes, a alguien que padece una disminución en su capacidad laboral, quedando a la espera de una decisión final mientras le rondan dificultades y perjuicios para el desenvolvimiento inmediato de su vida personal y familiar.

3.4. En un contexto meramente legal, se aprecia que para el otorgamiento de la pensión de invalidez, el artículo 9° de la Ley 776 de 2002 señala que “se considera inválida la persona que por causa de origen profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el cincuenta por ciento (50%) o más de su capacidad laboral de acuerdo con el Manual Único de Calificación de Invalidez vigente a la fecha de la calificación”.

....

3.6. Se acepta entonces la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de esta categoría de pensiones, analizando las especiales circunstancias de cada caso, pues estando en controversia derechos fundamentales, “las autoridades administrativas deben actuar en concordancia con tal situación de debilidad y desempeñarse con la mayor idoneidad posible frente a estos casos” (SENTENCIA T-1154 , 2001), procurando que quien ha sufrido una contingencia pueda sobrellevar un estilo de vida digno, hasta donde sea posible.

Como se recordará, excepcionalmente, los medios ordinarios de defensa devienen insuficientes o tardíos para garantizar la protección de los derechos fundamentales, por cuanto el trámite establecido para el reconocimiento pensional puede en ocasiones no propiciar una solución célere, mientras el estado de indefensión y limitación en que se

encuentran estas personas, a partir de su propia incapacidad laboral, les impide encontrar otro medio de subsistencia diferente a la anhelada mesada (SENTENCIA T-062 , 2009).

Cuarta. Naturaleza jurídica de las Juntas de Calificación de Invalidez.

4.1. Previendo las discrepancias que pudieran suscitarse entre las entidades encargadas (Republica, 2005) de calificar el grado de pérdida de capacidad laboral del trabajador, fue promulgado el Decreto 2463 de 2001, “Por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez”.

Fueron distinguidas expresamente unas situaciones que permiten determinar el grado de pérdida de la capacidad laboral de una persona a través de las Juntas de Calificación de Invalidez (JCI), según se trate, contemplando asuntos definibles en una sola instancia (Congreso de la Republica, 2001) o los que admiten dos.

El numeral 1° del artículo 3° del citado Decreto establece, en cuanto a la “*calificación del grado de pérdida de la capacidad laboral*” (no está en negrilla en el texto original):

“Corresponderá a las siguientes entidades calificar el grado de pérdida de la capacidad laboral en caso de accidente o enfermedad:

1. Las juntas regionales de calificación de invalidez decidirán sobre las solicitudes de calificación de pérdida de la capacidad laboral requeridos por las autoridades judiciales o administrativas, evento en el cual, su actuación será como peritos asignados en el proceso.”

4.2. Por su parte, el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil (modificado por el 1°, núm. 110 del D. 2282 de 1989), estatuye que dentro de los efectos atribuibles a los dictámenes emitidos por los peritos, está la posibilidad que le asiste al juez de conocimiento de acceder a una “*solicitud de aclaración o adición*” de la misma experticia, sin que ello dé lugar a que se dilate la revisión del mismo dictamen ante la autoridad respectiva:

“Contradicción del dictamen. Para la contradicción de la pericia se procederá así:

1. Del dictamen se correrá traslado a las partes..., durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave. ...”

Ahora, conforme prevé el artículo 11 del mismo Decreto 2463, las determinaciones de las Juntas de Calificación de Invalidez constituyen decisiones de “*carácter obligatorio*” para las partes involucradas.

En sentencia C-1002 de octubre 12 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, esta corporación indicó que “*la importancia de los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación de Invalidez radica en que sus decisiones constituyen el fundamento jurídico autorizado, de carácter técnico científico, para proceder con el reconocimiento de las prestaciones sociales cuya base en derecho es la pérdida de la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social*”.

De allí la importancia de definir cualquier inconformidad que llegare a presentarse sobre la determinación asumida a través de la JRCI o de la JNCI, pues como fue señalado en sentencia T-1180 de diciembre 4 de 2003, M. P. Jaime Araújo Rentería, “*se tiene que el ordenamiento legal vigente contempla las instancias necesarias para calificar las diferentes patologías ocurridas con ocasión del trabajo, las cuales deberán surtirse en su integridad si existe alguna controversia sobre la calificación, pues de ello depende el otorgamiento de las prestaciones asistenciales y económicas previstas en el sistema de riesgos profesionales*”.

4.3. Igualmente, debe tenerse en cuenta que el Manual Único para la Calificación de Invalidez, Decreto 917 de 1999 (**Republica C. d.**), dispuso en los artículos 4°, 6° y 7° toda una estructuración de criterios dirigidos a regular los dictámenes de la calificación de pérdida de capacidad laboral, contemplando además la posibilidad de apelar ante las instancias competentes(arts. 33 y 34 ib.). 4.4. De otra parte, debe recordarse que las Juntas de Calificación de Invalidez constituyen “*organismos de creación legal, autónomos, sin ánimo de lucro, de carácter privado, sin personería jurídica*”, y por tanto sus actuaciones deberán estar sujetas a la “*observancia de la plenitud de la formas propias de cada*” proceso (art. 29 Constitución).

4.5. Conforme prevé el artículo 33 del Decreto 2463 de 2001, contra el dictamen de la Junta Regional proceden los recursos de reposición y apelación, los cuales deberán ser resueltos dentro de los 10 días siguientes a su recepción.

Ahora bien, No debe olvidarse, además y como es obvio, que quienes sufren una disminución física o psíquica se encuentran en condición de discapacidad, por lo que sus derechos gozan de protección constitucional reforzada (art. 47 ib.), y que si bien la tutela no resulta procedente, en principio, para reclamar un derecho prestacional, es viable excepcionalmente cuando se trata de una persona merecedora de especial protección.

Así, el legislador ha expedido disposiciones que regulan lo atinente a la asunción de riesgos profesionales (**Republica C. d.) (LEY 100 DE 1993) (LEY 860 DE 2003)**, contemplando desde el pago de la incapacidad laboral hasta el reconocimiento de la pensión.

... ..

Tenemos, en conclusión, que la naturaleza de la pensión de invalidez tiene su sustento más claro en la dignidad del discapacitado y es, sin duda, uno de los elementos esenciales a través del cual se predica, en términos reales, la protección especial de éste y su integración a la sociedad, es decir, tal y como se anotó, constituye una verdadera estrategia para hacer frente a la minusvalía. En la medida en que dicha prestación constituya el único medio para que el discapacitado derive su subsistencia, adquiere una connotación fundamental que merece ser resguardada a través de la acción de tutela.” (SENTENCIA T-1291 DE 2005) (Negrilla y resaltado fuera de texto).

Ciertamente tal derecho constituye una garantía excepcional para quienes han sufrido un menoscabo en su capacidad laboral y, como consecuencia, no están en condiciones de procurarse los medios básicos de subsistencia. En efecto, en razón de la invalidez que padece la persona y por su estado de debilidad manifiesta (arts. 13 y 48 Const.), merece una protección especial, por la imposibilidad de encontrar otra fuente de ingresos con la cual se garantice su mínimo vital.

Sentencia: T-328/11

3.2.1. Procedencia excepcional de la acción de tutela contra los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación de Invalidez.

De acuerdo a la jurisprudencia sentada por esta Corporación (**SENTENCIA T-1268 DE 2005**), la acción de tutela no procede en principio para controvertir los dictámenes expedidos por las Juntas de Calificación de Invalidez, debido a que la inconformidad que pueda suscitar el dictamen puede ser resuelta ante la jurisdicción laboral, tal como lo establece el artículo 40 del Decreto 2463 de 2001 (**ARTÍCULO 40. CONTROVERSIAS SOBRE LOS DICTÁMENES DE LAS JUNTAS DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**), esto es, ante la existencia de otro mecanismo de protección judicial.

En efecto, la acción de tutela, de acuerdo al artículo 86 de la Constitución Política, es un mecanismo de protección de derechos fundamentales que se orienta bajo los principios de subsidiariedad e inmediatez, por lo cual, no puede entrar a suplir los instrumentos ordinarios destinados a dirimir los conflictos que puedan presentarse en virtud de los dictámenes de calificación de invalidez. La expedición de estos dictámenes, deben debatirse ante la jurisdicción ordinaria laboral pues conforme al decreto 2463 de 2001, artículo 11, inciso 1, el cual señala: *“Los dictámenes de las juntas de calificación de invalidez no son actos administrativos y sólo pueden ser controvertidos ante la justicia laboral ordinaria con fundamento en el artículo 2o. del Código de Procedimiento Laboral.”*. Con todo, es claro que al no ser actos administrativos, no puede acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para su examen.

Ahora bien, teniendo en cuenta la existencia de mecanismos ordinarios para controvertir los dictámenes de calificación de invalidez, y que al ser este el conducto ordinario, al tutela deviene improcedente cuando se pretende utilizar como mecanismo principal y no subsidiario para esta clase de debates. No obstante, la Corte también ha establecido dos situaciones en las cuales el recurso de amparo procede de manera excepcional frente a la regla general de improcedencia:

“En primer lugar, la acción de tutela procederá como mecanismo definitivo en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso

concreto, lo cual deberá ser analizado por el juez de tutela atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante (SENTENCIA T-436 DE 2005).

Por ejemplo, en la sentencia T-108 de 2007, la Sala Cuarta de Revisión concluyó que el proceso ordinario laboral no era idóneo y eficaz en el caso de una persona a la cual se le había suspendido el pago de su pensión de invalidez en virtud de que una junta de calificación de invalidez, con violación del debido proceso, determinó que su incapacidad laboral había disminuido de forma tal que ya no alcanzaba el porcentaje a partir del cual la legislación otorga tal prestación. Lo anterior, debido a su edad -62 años-, su estado de salud –sufría de varios padecimientos tales como artrodesis de tobillo y rodilla, hipertensión arterial, dermatosis, insuficiencia venosa crónica de miembros inferiores, etc.-, la consecuente imposibilidad de obtener un trabajo y la ausencia de otro ingreso que le permitiera procurarse una subsistencia digna para él y su familia”.

(...)

En segundo lugar, procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable para lo cual también resulta necesario considerar la situación concreta del solicitante (SENTENCIA T-859 DE 2004).

Así, en la sentencia T-859 de 2004, la Sala Novena de Revisión consideró que era procedente conceder el amparo en forma transitoria a una persona con discapacidad mental calificada como inválida a quien se le había negado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes con base en que la fecha de estructuración de la invalidez determinada por la junta de calificación era posterior a la muerte de su padre, a pesar de que su enfermedad se había manifestado desde los dos (2) años. Se indicó que “ni la accionante ni su representada disponen de recursos suficientes para asumir por su cuenta el tratamiento médico (...) sin el cual su salud y calidad de vida amenazan con deteriorarse más. Aunado a lo anterior, es importante recordar que (...) es una persona con una discapacidad física mayor al cincuenta (50%) por ciento, lo que le impide laborar y por ende procurarse un ingreso propio. De todo lo anterior se infiere que la afectada

se encuentra frente a un perjuicio irremediable que hace viable la protección de sus derechos fundamentales". (SENTENCIA T-773 DE 20009).

En igual sentido, la Corte en reiterada jurisprudencia ha señalado que cuando se trata de proteger derechos de personas disminuidas física o psíquicamente, el examen de procedibilidad frente al recurso de amparo debe hacerse menos estricto, pues se está ante un sujeto de especial protección constitucional:

"...en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento 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 quiera que 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. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad" (SENTENCIA T-456 DE 2004).

En efecto, tal como lo señala la jurisprudencia, la acción de tutela es el mecanismo constitucional por medio del cual las personas de las características allí descritas (mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, etc.) pueden solicitar al juez de tutela la protección de los derechos fundamentales que considere vulnerados por autoridades o públicas o privadas que presten un servicio público.

Al respecto, es necesario señalar de manera insistente que dada la especial condición del sujeto activo que interpone la acción, el estudio del caso debe realizarse con base en un análisis más laxo respecto de las calidades y condiciones especiales del mismo.

Así entonces, tal como lo establece la jurisprudencia constitucional, cuando los mecanismos ordinarios no resultan ser los más eficaces e inmediatos para la protección de los derechos

fundamentales de las personas, la acción de tutela, a pesar de ser un instrumento subsidiario, se constituye como el principal medio de garantía de derechos.

3.2.2. Naturaleza y régimen legal de los dictámenes proferidos por las Juntas de Calificación de la Invalidez.

Las Juntas de calificación de invalidez deben calificar la capacidad laboral de conformidad con lo previsto en la ley 100 de 1993 y en el manual único para la calificación de invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, vigente a la fecha de calificación (**Artículo 41 de la ley 100 de 1993 y artículo 4 decreto 2463 de 2001**).

La jurisprudencia constitucional y la ley, han definido las pautas bajo las cuales los miembros de las juntas de calificación de invalidez deben proferir sus dictámenes. Por ejemplo, el artículo 2 del Decreto 2463 de 20012, sostiene:

“ARTÍCULO 2o. PRINCIPIOS RECTORES. La actuación de los integrantes de la junta de calificación de invalidez estará regida por los postulados de la buena fe y consultará los principios establecidos en la Constitución Política y en la Ley 100 de 1993, las disposiciones del Manual único para la Calificación de la Invalidez, así como las contenidas en el presente decreto y demás normas que lo complementen, modifiquen, sustituyan o adicionen”.

En el mismo sentido, el Decreto 2463 de 2001 señala que las juntas de calificación de invalidez son *“organismos de creación legal, autónomos, sin ánimo de lucro, de carácter privado, sin personería jurídica (...)”*, cuyos integrantes, designados por el Ministerio de Protección Social, *“no tienen el carácter de servidores públicos, no devengan salario, ni prestaciones sociales, sólo tienen derecho a los honorarios establecidos en el presente decreto”*. Al respecto, la Sala Plena ha precisado, en sede de constitucionalidad, que las juntas de calificación de invalidez *“(...) son verdaderos órganos públicos pertenecientes al sector de la seguridad social que ejercen una función pública pese a que los miembros encargados de evaluar la pérdida de capacidad laboral sean particulares”*.

En cuanto a lo anterior, esta Corte ha indicado que los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez *“debe ser motivados, en el sentido de manifestar las razones que justifican en forma técnico-científica la decisión”* (SENTENCIA 424 DE 2007), lo que guarda total coherencia con el artículo 31 del Decreto 2463 de 2001 que prescribe que éstos *“deben contener las decisiones expresas y claras sobre el origen, fecha de estructuración y calificación porcentual de pérdida de la capacidad laboral”*.

Igualmente ha sostenido que:

(iii) *“Los dictámenes que emitan las juntas de calificación, deben contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión [según el artículo 9° del decreto 2463 de 2001 que] (...) indica que los fundamentos de hechos son todos aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, lo cual incluye historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos; y en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal, tales como certificado de cargos y labores, comisiones, realización de actividades, subordinación, uso de determinadas herramientas, aparatos, equipos o elementos, contratos de trabajo, estadísticas o testimonios, entre otros, que se relacionen con la patología, lesión o condición en estudio y que los fundamentos de derecho son todas las normas que se aplican al caso de que se trate”* (SENTENCIA 424 DE 2007).

Como se ha visto, el debido proceso rige de manera general las actuaciones surgidas en torno a la forma en que las juntas de calificación de invalidez ejecutan el procedimiento señalado para establecer fecha, origen y porcentaje de calificación, entre otros ítems. Todo ello con la fundamentación suficiente que debe basarse principalmente en los elementos probatorios clínicos y valoraciones científicas a que haya lugar en cada caso particular.

3.2.3. El debido proceso en las actuaciones de las Juntas de Calificación de Invalidez.

Particularmente, el procedimiento establecido en cuanto a la forma en que deben adoptar los dictámenes las Juntas de Calificación de Invalidez está establecido en los artículos 38 a 43 de la

Ley 100 de 1993, el Manual Único para la Calificación de la Invalidez (decreto 917 de 1997) y el Decreto 2463 de 2001 –por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez.

Igualmente, en torno al desarrollo jurisprudencial acerca de las actuaciones de las juntas de calificación de invalidez, la Corte identificó ciertas reglas que dirigen esta clase de organismos al momento de tramitar las solicitudes de calificación.

En conclusión, las Juntas de Calificación de Invalidez al momento de examinar la situación de incapacidad de un trabajador que solicita ser valorado, deben atender el principio de buena fe y debido proceso, valorando exhaustivamente cada una de las patologías de la persona y calificando de manera razonable en base a la experiencia que los antecede y la formación profesional, los distintos aspectos que contenidos en sus dictámenes como lo son, la fecha de estructuración, el porcentaje de invalidez y el origen de la misma.

En la sentencia T-436 de 2005, en la que se censuraba un dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación de la Invalidez, la Corte afirmó lo siguiente:

“Lo anterior significa que aun contando el interesado con recursos o medios de defensa judiciales, puede ejercer de todas formas la acción de tutela cuando pretenda impedir la consumación de un daño actual, grave e inminente a sus derechos fundamentales, de manera transitoria o definitiva siempre y cuando se establezca que para el caso concreto dichos medios no resultan eficaces como la tutela para la protección inmediata de los derechos conculcados o amenazados. Así ya lo ha aceptado amplia jurisprudencia de esta Corporación, que ha precisado que no es suficiente que existan otros medios de defensa judicial para debatir un asunto, sino que es preciso, además, que tales medios sean idóneos para garantizar la efectiva protección de los derechos reclamado”.

La acción de tutela como mecanismo transitorio.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política, la tutela puede proceder, aunque exista otro medio de defensa judicial, cuando se invoque como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En relación con el perjuicio irremediable, en innumerables fallos la Corte ha establecido un mínimo de requisitos para que este se pueda configurar [3]. En primer lugar, el perjuicio tiene que ser inminente, es decir, que esté próximo a suceder, lo que significa que se requiere contar con los elementos fácticos suficientes que así lo demuestren, en razón a la causa u origen del daño, a fin de tener la certeza de su ocurrencia. En segundo lugar, se debe determinar que el perjuicio sea grave, es decir, representado en un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona, puede ser moral o material, y que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer término, el perjuicio producido o próximo a suceder, requiere la adopción de medidas urgentes que conlleven la superación del daño, lo que se traduce en una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio y que esa respuesta armonice con las particularidades de cada caso. Por último, la medida de protección debe ser impostergable, o sea, que no pueda posponerse en el tiempo, ya que tiene que ser oportuna y eficaz, a fin de evitar la consumación del daño antijurídico irreparable.

En consecuencia, cuando todas y cada una de las características anteriormente mencionadas converjan frente a una determinada situación, aunque exista otro medio de defensa judicial el amparo de tutela es procedente porque de lo contrario se le violarían flagrantemente los derechos fundamentales al peticionario, toda vez que, contando con otra vía judicial, ésta resulta inadecuada e ineficaz frente a la gravedad e inminencia del perjuicio que se pudiera producir.

Sin embargo, cuando estos supuestos no aparezcan plenamente probados, será improcedente conceder el amparo mediante la acción de tutela, ya que el peticionario podrá acudir ante la jurisdicción ordinaria o contenciosa, según el caso, a fin de obtener la protección que pretende. El perjuicio que no sea de tal magnitud, no requerirá de imperiosa protección por vía de tutela, menos aun cuando está pendiente una decisión de otra autoridad judicial sobre los mismos hechos.

Sobre el particular la Corte, en sentencia T-1316 de 2001,[4] al referirse a la acción de tutela como mecanismo transitorio cuando existe un perjuicio irremediable, preciso que:

“Por su parte, cuando la tutela es utilizada como mecanismo transitorio, esto es, a pesar de la existencia de otros medios de defensa judicial, su procedencia resulta condicionada a la amenaza de un perjuicio irremediable, que según la jurisprudencia tiene las siguientes características:

En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

5. En consecuencia, no todo perjuicio puede ser considerado como irremediable, sino solo aquel que por sus características de inminencia y gravedad, requiera de medidas de protección urgentes e impostergables. Con todo, esta previsión del artículo 86 de la Carta debe ser analizada en forma sistemática, pues no puede olvidarse que existen ciertas personas que por sus condiciones particulares, físicas, mentales o económicas, requieren especial protección del Estado, como ocurre, por ejemplo, en el caso de los niños, las mujeres embarazadas, los menesterosos o las personas de las tercera edad”.

Teniendo en cuenta lo anterior, la acción de tutela únicamente será procedente, aunque exista otra vía judicial, cuando se utilice como mecanismo transitorio y con el fin exclusivo de evitar un perjuicio considerado como irremediable. Por lo que se trata de la modalidad cautelar del proceso de tutela, como quiera que su objeto es la adopción de una medida judicial de tipo

provisional que, protegiendo un derecho fundamental, prevenga la realización de un perjuicio irremediable, mientras en el proceso ordinario se decide definitivamente el fondo del asunto.

En últimas, corresponderá siempre al juez de tutela, como un deber, examinar las circunstancias de hecho y de derecho que le permitan concluir que se está frente a una situación que conlleve un perjuicio irremediable, con el análisis de todos los elementos que lo conforman, evento en el cual la protección será procedente. Pero cuando no se cumpla con los anteriores requisitos se deberá negar el amparo, toda vez que el peticionario cuenta con otra vía judicial para hacer efectiva su reclamación.

4. Improcedencia de la tutela para el reconocimiento de la pensión.

La Corte también ha explicado la improcedencia de la acción de tutela cuando se trata del reconocimiento de la pensión, por cuanto dicha petición es una controversia que se suscita entre la entidad a cargo y el eventual pensionado, lo que se traduce en un derecho de carácter litigioso que debe ser resuelto por la autoridad respectiva.

Por regla general, la acción de tutela no procede cuando se trata de un derecho no reconocido, ni extrajudicial ni judicialmente, por lo que deben entrar a operar los mecanismos ordinarios de defensa para que el peticionario alcance el fin perseguido.

En algunos casos la Corporación ha ordenado el pago de una pensión, ya reconocida por la institución de seguridad social respectiva, esto en forma excepcional y como mecanismo transitorio, cuando es evidente la ineficacia de la otra vía judicial, ya que el actor se encuentra ante una verdadera situación de perjuicio irremediable, como por ejemplo, cuando se trata de una persona de la tercera edad y ésta sufre de una enfermedad incurable o extremadamente grave, como para esperar la solución por el medio judicial ordinario.[5]

Así, en numerosos fallos [6], ha precisado que mediante tutela no se pueden decretar pensiones, ya que sólo se exige mediante ésta que se dé una respuesta adecuada para que a la persona se le defina, si se le reconoce o no una pensión, invocando el derecho de petición. Es claro que hay que distinguir entre el derecho de petición, para obtener pronta resolución, y el contenido de lo

que se pide, cuestión diferente, y sobre la cual no puede por medio de tutela, pretender que se le realice el reconocimiento de la mencionada prestación.

Al respecto, esta Corporación en la sentencia T- 969 de 2001, ha precisado que:

“La Corte Constitucional ha considerado que la protección del derecho a la seguridad social de las personas no entraña la posibilidad de reconocimiento de los derechos pensionales de las personas por parte del juez de tutela.

La acción de tutela es un instrumento idóneo para solicitar el pago de una pensión ya reconocida por la institución de seguridad social respectiva. Sin embargo, cuando se trata de una pensión que aún no ha sido reconocida, el particular tiene derecho a obtener una decisión por parte de la administración con base en su derecho fundamental de petición, sin que ello lo libere de la obligación de cumplir con el trámite legal previsto para el reconocimiento.

En efecto, al Juez de tutela no le corresponde señalar el contenido de las decisiones que deban tomar las autoridades públicas en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, como la de reconocer una pensión, pues fuera de carecer de competencia para ello, no cuenta con los elementos de juicio indispensables para resolver sobre los derechos por cuyo reconocimiento y efectividad se propende. En este sentido ha sido clara la jurisprudencia de la Corporación en indicar que “los fallos emitidos en materia de acción de tutela no tienen virtualidad para declarar derechos litigiosos, menos aun cuando de estos se predica su carácter legal”.

De la misma manera se ha indicado que:

“El Juez de la tutela no puede, entonces, reemplazar a la autoridad competente para resolver aquello que le autoriza la ley, sino que su accionar es un medio de protección de derechos propios de la persona humana en su primacía. Por ello, no es pertinente como así ocurre en el presente asunto, formular la acción de tutela, por cuanto supone desconocer los medios ordinarios para dirimir controversias acerca de la titularidad de una pensión de jubilación. (...).

De manera pues que, es improcedente la acción de tutela para el reconocimiento de un derecho pensional salvo en la circunstancia de la ineptitud del medio judicial establecido en el ordenamiento jurídico para tramitar dicho asunto o de la ocurrencia del perjuicio irremediable que haga viable el amparo tutelar transitorio y urgente para evitar la vulneración irreparable de los derechos fundamentales que resulten en juego, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto por el sistema judicial ordinario”.

De lo anterior la Corte concluye que la acción de tutela no procede cuando la pretensión sugiere el reconocimiento de la pensión de jubilación, por cuanto supone desconocer los medios judiciales ordinarios para dirimir la controversia acerca de la titularidad de la mencionada pensión.

Improcedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos prestacionales

Como es sabido, de conformidad con el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela procede cuando quien la ejerce no cuenta con otro mecanismo para proteger sus derechos fundamentales, o el establecido no resulta eficaz, dadas las circunstancias específicas del agraviado; porque al Juez de tutela no le está permitido asumir el conocimiento de aquellos asuntos que cuentan con instrumentos adecuados de protección en el ordenamiento, dado el carácter subsidiario y residual del amparo previsto en la disposición en cita.

Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad que tienen las personas de recurrir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para precaver el menoscabo de sus derechos fundamentales, sobre el que se cierne el acaecimiento de un perjuicio irremediable y grave.

En ese sentido, se hace necesario que el juez de tutela examine las diferentes vías que ofrece el ordenamiento jurídico frente a la conculcación que el accionante expone y que el fallador evidencia; toda vez que como todas las autoridades han sido instituidas para salvaguardar los derechos de los asociados, en principio todos los mecanismos previstos en el ordenamiento para proteger a las personas residentes en Colombia, deben asegurar, prima facie, la protección de los derechos fundamentales quebrantados. De suerte que establecida la existencia del mecanismo y

su eficacia respecto de la protección demandada, la acción de tutela instaurada debe negarse por improcedente –artículos 2° y 86 C.P.-.

Bajo las anteriores premisas, la Sala determinará si los jueces de instancia, en el presente caso, acertaron al considerar que la vulneración del derecho a la igualdad, tal y como fue puesto a su consideración puede ser restablecido por otros mecanismos, a los que no han acudido las accionantes.

3.1 La controversia suscitada en los presentes casos no puede ser resuelta por vía de tutela

Para la Sala resulta claro que la controversia surgida entre las demandantes y el Ministerio de Relaciones Exteriores presenta aspectos que permiten solucionarla, no solamente a través de los mecanismos propios de la jurisdicción ordinaria, sino también haciendo uso de los que prevén los procedimientos ante la administración.

En efecto, las accionantes consideran que su pensión de jubilación debe ser reconocida tomando como base la asignación que las mismas efectivamente devengaron, en las sedes de las misiones diplomáticas en donde prestaron sus servicios, y solicitan que dicha base también sea utilizada para liquidar su cesantía definitiva, y re liquidar los aportes hechos por la accionada a las administradoras de pensiones y cesantías a las que estuvieron adscritas.

Pues bien, de conformidad con las normas que regulan el régimen prestacional de los funcionarios vinculados al servicio diplomático en el exterior, la definición de uno u otro modo de liquidación supone el examen detallado de las situaciones de cada una de las accionantes, que demandan el aporte de material probatorio que la entidad accionada tiene derecho a controvertir.

Y exige la determinación de las normas aplicables, en razón de los cambios normativos que dicho régimen ha sufrido en los últimos veinte años, tal como lo puso de manifiesto la entidad accionada en sus intervenciones en el trámite de la tutela.

Igualmente, la materia puesta a consideración del juez constitucional sugiere el estudio de la vigencia de los derechos laborales de los funcionarios, pues una de las alegaciones del Ministerio accionado tiene que ver con la posible pérdida del derecho de reclamar de las acciones, a causa de la prescripción de la acción, circunstancia que implica que a la entidad se le debe respetar su derecho a alegar la extinción, y a las accionantes el de oponerse a su declaratoria, durante una oportunidad adecuada para el efecto.

De modo que la definición de estos asuntos y los que se puedan presentar requieren de un amplio debate probatorio, en donde las partes, con el lleno de las garantías procesales, puedan exponer sus consideraciones y, así mismo, controvertir las alegadas en su contra, tal y como lo permiten los procesos que se tramitan ante la jurisdicción ordinaria.

Lo expresado, como quiera que la vulneración de los derechos a la igualdad y a la seguridad social, son cuestiones que no pueden permanecer ajenas a las decisiones de dicha jurisdicción, pues -como se dijo- todas las autoridades fueron instituidas para proteger los derechos y libertades de los asociados, teniendo, además, la obligación constitucional de hacer efectivas las garantías y principios constitucionales atinentes a la favorabilidad en materia laboral, y a la protección especial que demandan las personas de la tercera edad.

Para el efecto resulta pertinente traer a colación las siguientes consideraciones las que han sido reiteradas por esta Corporación:

“ (..) Al Juez de tutela no le corresponde señalar el contenido de las decisiones que deban tomar las autoridades públicas en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y legales, como la de reconocer una pensión, pues fuera de carecer de competencia para ello, no cuenta con los elementos de juicio indispensables para resolver sobre los derechos por cuyo reconocimiento y efectividad se propende. En este sentido ha sido clara la jurisprudencia de la Corporación en indicar que “los fallos emitidos en materia de acción de tutela no tienen virtualidad para declarar derechos litigiosos, menos aun cuando de estos se predica su carácter legal”

Aunado a lo anterior, la Sala observa que la señora Yusti de Pacini no ha iniciado el trámite ante las autoridades administrativas para obtener el reconocimiento, liquidación y pago de su auxilio de cesantía, y que tampoco ha presentado la solicitud que corresponde para que su pensión de jubilación le sea reconocida.

Y que la señora Jaramillo de Jorgensen no ha obtenido una decisión respecto de la solicitud que presentó para obtener tal reconocimiento, estando la entidad prestataria, al parecer, en tiempo para tomar la decisión que corresponda, porque la nombrada no demanda protección al respecto.

Por lo que no se tiene certeza, sobre la aplicación de una u otra forma de liquidación, y por ende sobre la vulneración de los derechos fundamentales a la igualdad y seguridad social que las nombradas invocan.

Cabe recordar además, que el trámite que las accionantes deben adelantar permite la intervención de las demandantes, aportando pruebas e interponiendo recursos para obtener una definición de las autoridades favorable a sus pretensiones, y que en caso de que la decisión no les sea favorable, las mismas pueden acudir ante la jurisdicción ordinaria.

Incluso, de lo manifestado por los representantes del Ministerio de Relaciones Exteriores se puede deducir su ánimo para corregir el eventual error en que hayan podido incurrir al momento de realizar la liquidación del mentado auxilio al Fondo Nacional del Ahorro y la Caja Nacional de Previsión Social, atendiendo a su propia interpretación de la normatividad vigente, de suerte que, eventualmente, las partes podrían hacer coincidir sus pretensiones, sin necesidad de entablar un litigio.

Ahora bien, las accionantes y la Saña Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial se apoyan en las sentencias T-1016 de 2000 y T-534 de 2001, como sustento para afirmar que la liquidación de sus prestaciones sociales, adelantada por el Ministerio accionado vulnera sus derechos fundamentales y que éstos deben ser restablecidos por el Juez Constitucional.

Sin embargo, si bien es cierto en dichas providencias se reconoció tal vulneración, concretada en el hecho de que las pensiones de aquellos accionantes habían sido liquidadas tomando como referente un salario diferente e inferior al realmente devengado, también lo es que en esas oportunidades los perjudicados ya habían acudido a la administración en procura de su pensión, su prestación ya había sido reconocida y se encontraban pendiente de resolver la reliquidación invocada por los afectados.

De suerte que en ambos casos la protección constitucional fue concedida, en el sentido de ordenar al Ministerio de Relaciones Exteriores que suministre la información atinente al salario realmente devengado por el extrabajador, y a la entidad prestataria proceder dentro del término legal a efectuar la reliquidación correspondiente, como lo indican, en su orden los siguientes apartes de las decisiones que se reseñan:

“En el presente caso el Ministerio de Relaciones Exteriores envió para efectos de la pensión de vejez del exembajador en Tokio no el sueldo de éste sino el de Secretario General del Ministerio, cargo que el peticionario de la pensión nunca desempeñó. Al hacerlo el Ministerio de Relaciones Exteriores se basó en una norma inconstitucional y que para el momento en que el señor Valencia López inició sus funciones como embajador el 26 de febrero de 1996 estaba tácitamente derogada por las disposiciones de la ley 100 de 1993. Esta actitud constituye una violación al derecho a la seguridad social del accionante, una violación al derecho a la igualdad y por ende al mínimo vital estimado este cualitativamente y en conexión con el derecho a la dignidad.

Es indudable que la remisión de un dato equivocado repercute en el señalamiento de la pensión a devengar. Pero la equivocación, como ya se indicó, no radica en quien la recibe sino en quien la emite.

(..)

Por otro aspecto, como los aportes remitidos por el Ministerio de Relaciones al ISS correspondieron a un salario menor no devengado por el señor Valencia, el ISS tiene derecho a que se le remitan los aportes bien liquidados, según el salario real (no el de la equivalencia) y esta obligación es tanto del empleador como del trabajador, para lo cual el ISS indicará cuál es la suma que se le adeuda. Cuando principie a operar el reajuste pensional, el I.S.S. podrá descontar de la mesada las sumas que no se cancelaron por aporte, hasta cuando se cubra la totalidad de lo debido”.

“(.) En suma, es cierto que el actor ha sido sometido a un tratamiento discriminatorio, tanto porque de manera arbitraria el Instituto de Seguros Sociales se abstuvo de considerar la viabilidad del régimen pensional por él invocado, como porque se lo sometió al régimen pensional general de la Ley 100 por incumplir una exigencia que no ha sido prevista por ella.

Ante esa situación, se tutelarán los derechos fundamentales de petición, al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad social, ligada a la satisfacción del mínimo vital, y se le ordenará a la entidad accionada emitir un acto administrativo teniendo en cuenta la solicitud de pensión de jubilación referida a la aplicación del régimen anterior a la Ley 100 y, en caso de aplicar el régimen de transición, excluir, de las exigencias que se le hacen, el punto relativo a la existencia de vínculo laboral al tiempo de la entrada en vigencia de esa ley.

La Corte no puede extender la tutela de los derechos fundamentales al reconocimiento de la pensión de jubilación pues no existe certeza alguna sobre el cumplimiento del supuesto de hecho previsto por las normas invocadas y cuyo efecto jurídico pretende el actor. Si bien él se ha ocupado por destacar el fundamento jurídico de su pretensión y por resaltar su vigencia en relación con aquellos servidores a quienes les resulta aplicable el régimen pensional anterior a la Ley 100, no ha facilitado ni los ejemplares de los libros ni constancias debidamente detalladas de ellos para efectos de verificar el cumplimiento de los presupuestos referidos en esas disposiciones.

De este modo, como, al menos hasta este momento, no se encuentra demostrado el hecho que produce el efecto jurídico, del que se deriva el cumplimiento del tiempo de servicios requerido para acceder a la pensión de jubilación con base en el régimen anterior a la Ley 100, sobre ese particular no puede afirmarse la vulneración o amenaza de derecho fundamental alguno. Ante ello, la conclusión que se impone es que se trata de un punto que está sometido a consideración de la entidad accionada pues es ella la habilitada para pronunciarse con una decisión que puede recurrirse o cuestionarse ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

De otro lado, aunque el apoderado de la señora Yusti de Pacini aduce que su representada sufre un perjuicio irremediable y grave, dada la violación de su derecho fundamental al mínimo vital, como perteneciente a la tercera edad, la realidad es que en el expediente no figura que la afectada hubiese intentado remediar su situación, reclamando la cesantía a que tiene derecho, y presentando la solicitud de reconocimiento, liquidación y pago de la pensión de jubilación.

Igualmente en la demanda se alega por parte del apoderado de la señora Yusti de Pacini, como factor a tener en cuenta para hacer procedente la acción de tutela, la indefensión en que se encuentra la nombrada para iniciar los trámites administrativos y las acciones judiciales

correspondientes, dada su residencia en exterior; pero la accionante está siendo debidamente representada, y puede seguir estándolo, si resuelve emprender los trámites que no ha iniciado.

Además en razón de la facilidad actual de las comunicaciones la residencia en el exterior no implica necesariamente indefensión.

Otro tanto cabe decir en relación con el perjuicio irremediable expuesto por la señora Jaramillo de Jorgensen, porque ésta alega el daño que le representaría la supresión de su cargo, dado el inminente cierre de la embajada de Colombia ante el gobierno de Dinamarca, pero tal daño no fue causado debido a que el Ministerio de Relaciones Exteriores la proveyó de un cargo nuevo en la embajada ante el gobierno de Noruega. Y si fue retirada del cargo, mediante resolución del 30 de mayo del presente año, esto aconteció porque alcanzó la edad de retiro forzoso.

En consecuencia los fallos que se revisan deberán ser confirmados, toda vez que la controversia puesta a consideración del Juez Constitucional por las accionantes debe ser resuelta a través de los mecanismos ordinarios previstos en la ley, ante la administración, y si es del caso ante la jurisdicción ordinaria, como lo consideraron los Jueces de Instancia.

Además la Sala no encuentra necesaria ni justificada la intervención urgente del Juez de Tutela, en los términos del inciso tercero del artículo 86 de la Constitución, porque cuando la acción de tutela fue instaurada por la señora Jaramillo de Jorgensen aún no vencía el término para que la Caja Nacional de Previsión se pronunciara sobre su petición. Y, como se dijo, la otra accionante nada le ha pedido a la entidad.

Por último, respecto de la pretensión de las accionantes relativa a que el Ministerio accionado adelante el trámite atinente al reconocimiento y liquidación de sus prestaciones, cabe anotar que la obligación del empleador se circunscribe a poner a disposición del funcionario y de la entidad encargada de reconocer la prestación, la información tendiente a que sus extrabajadores obtengan de la entidad prestataria el reconocimiento al que realmente tienen derecho.

En consecuencia al parecer de la Sala procede, simplemente, recordarle a la entidad accionada el cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, respecto de las accionantes, en cuanto le corresponde propender por la efectiva realización de sus derechos, con la dedicación y esmero que demanda la condición de personas de la tercera edad, para lo cual resulta pertinente traer a colación que esta Corporación a trazado los lineamientos que el Ministerio de Relaciones Exteriores debe tener en cuenta al cumplir con su obligación de certificar la vinculación y la asignación de quienes le prestaron sus servicios, tal como lo indica la siguiente decisión:

“Sobre el particular la Corte ha desarrollado una línea jurisprudencial según la cual la cotización de las pensiones debe realizarse teniendo en cuenta la asignación correspondiente al cargo efectivamente desempeñado y no la correspondiente a un cargo diferente pues de lo contrario se incurre en prácticas discriminatorias pues a trabajadores que han recibido una asignación mayor se les reconocen prestaciones económicas en montos correspondientes a trabajadores de asignaciones menores.

Y en relación con servidores públicos del servicio exterior, la Corte ha indicado que un artículo de un decreto que reglamentó el anterior régimen de la carrera diplomática no es el aplicable para computar la mesada pensional (Artículo 57 del Decreto 10 de 1992), mucho más si permite la liquidación de prestaciones económicas con base en asignaciones inferiores a las recibidas. Precisamente por ello ha inferido que, aún en caso de estar vigente, esa norma admite la excepción de inconstitucionalidad por desconocer el derecho de igualdad y la universalidad como principios de la seguridad social

(..)

En un reciente pronunciamiento la Corte indicó que el establecimiento de equivalencias entre los cargos en el servicio exterior y los cargos en planta interna debía entenderse en el contexto de la alternación entre el servicio en planta interna y el servicio en planta externa como una especificidad de la carrera diplomática y consular y que por ello era armónico con la Carta que quien ostentaba el cargo de embajador sólo podía ser designado en planta interna en un cargo equivalente o en uno inmediatamente inferior. Pero es claro que una tal relación de equivalencia tiene sentido si de lo que se trata es de evitar una nominación en planta interna en un cargo que no guarde correspondencia con la investidura del cargo que se ejerce en planta externa pero no es posible invocar una relación de equivalencia para perjudicar los derechos del servidor de tal manera que la pensión a que tenga derecho termine liquidándose con un salario base que no corresponde al cargo ejercido en planta externa sino a uno en planta interna con una remuneración inferior.

Capítulo 3. Conclusiones

La obligatoriedad que para el empleador refleja las políticas del estado en cuanto a la favorabilidad del trabajador y la elaboración de un listado de enfermedades laborales aborda todo un campo de especial cuidado partiendo de la base clínica de las patologías a tratar, muchas de las patologías padecidas hoy día por los trabajadores son producto o están directamente relacionadas con las actividades laborales que realizan, aunado a esto, el incumplimiento por parte del empleador de la obligatoriedad de mantener estrategias de salud ocupacional que permitan al empleado gozar de un buen clima laboral y por ende mantener una buena salud, pues es tan importante el clima laboral que las nuevas modificaciones del manual de enfermedades laborales se incluyó el estrés.

Es importante en primer lugar tener conocimiento pleno de que tipo de enfermedad padece el solicitante la normatividad colombiana permite la derivación del riesgo en nuestras actividades, es decir permite que el tratamiento y la enfermedad pueda catalogarse y pueda determinarse ante quien se deriva el riesgo determinando el tipo de enfermedad, evidencia la posibilidad de obtener el solicitante un indemnización, una calificación o una pensión por invalidez, es importante dentro del análisis recaer sobre la calificación obtenida por el solicitante y el agotamiento de los recursos obligatorios para obtener el beneficio pensional, a la postre no será más que el agotamiento de la vía gubernativa para llegar al requerimiento final y obtener una pensión de invalidez que valga decir estará sujeta a una revisión formal realizada cada tres años con el ánimo de evidenciar si efectivamente la calificación que dio origen a la pensión obtenida continua siendo suficiente para mantener la misma o es necesario que el pensionado por

invalidez continúe realizando aportes y cumpla con los requisitos exigidos para la pensión de vejez.

Referencias

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-436 de 2005, Magistrado Ponente Dr. Clara Inés Vargas Hernández

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-108 de 2007, Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-859 de 2004. Magistrado Ponente Dr. Clara Inés Vargas Hernández

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-773 del 29 de octubre de 2009
Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia C-1002 de octubre 12 de 2004,
Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T- 1128 de noviembre 3 de 2005,
Magistrado Ponente Dr. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T- 151 de febrero 27 de 2006,
Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-1291 de diciembre 7 de 2005,
Magistrado Ponente Dr. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-01 de enero 15 de 2009, Magistrado
Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-607 de agosto 3 de 2007, Magistrado
Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-246 de junio 3 de 1996, Magistrado Ponente Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-1154 de noviembre 1 de 2001, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-062 de febrero 5 de 2009, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-1291 de diciembre 7 de 2005, Magistrado Ponente Dr. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-1268 de 2005 Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinoza.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-436 de 2005 Magistrado Ponente Dr. Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-108 de 2007. Magistrado Ponente Dr. Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-773 del 29 de octubre de 2009 Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-456 de 2004 Magistrado Ponente Dr. Jaime Araujo Rentería.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-789 del 11 de septiembre de 2003 Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-424 de 2007. Magistrado Ponente Dr.
Clara Inés Vargas Hernández

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-179 de 2003 Magistrado Ponente Dr.
Clara Inés Vargas Hernández.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-620 de 2002 Magistrado Ponente Dr.
Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-999 de 2001 Magistrado Ponente Dr.
Rodrigo Escobar Gil.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-968 de 2001 Magistrado Ponente Dr.
Jaime Araujo Renteria.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-875 de 2001 Magistrado Ponente Dr.
Álvaro Tafur Galvis.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-384 de 1998 Magistrado Ponente Dr.
Alfredo Beltrán Sierra.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-037 de 1997 Magistrado Ponente Dr.
Hernando Herrera Vergara.

COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL Sentencia T-1169 de 2003. Magistrado Ponente Dr.
Clara Inés Vargas Hernández.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA,
XXI edición, tomo II, pág. 1784

REVISTA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA. Homenaje a Hans Kelsen, B. Mantilla Pineda. El principio de retribución y la ley de causalidad. Pág. 358 y 359.