

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL -Sala Quinta de Revisión-

SENTENCIA T-177 de 2023

Referencia: Expediente T-8.266.772

Acción de tutela interpuesta por *Sonia* contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Magistrado ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Paola Andrea Meneses Mosquera y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

1. El expediente T-8.266.772, que se estudia a continuación, fue seleccionado para revisión mediante auto del 17 de septiembre de 2021, emitido por la Sala de Selección Número Nueve de esta corporación¹, con ocasión de la insistencia presentada por la Defensoría del Pueblo². Antes de proceder al estudio del asunto, esta Sala de Revisión considera necesario tomar oficiosamente medidas para proteger la intimidad de la accionante, de manera que serán elaborados dos textos de esta providencia, de idéntico tenor. En el texto que será el divulgado y consultado libremente, se dispondrá la omisión del nombre de la accionante, así como cualquier dato e información que permita su identificación³.

I. ANTECEDENTES

A. LA DEMANDA DE TUTELA

¹ [AUTO SALA DE SELECCION 17 DE SEPTIEMBRE DE 2021 NOTIFICADO 01 DE OCTUBRE DE 2021 -.pdf \(corteconstitucional.gov.co\)](#)

² Expediente digital 8.266.772, “T8266772 DEFENSORIA DEL PUEBLO.pdf”, folio). **RUBBY CECILIA DURÁN MALDONADO**, en su calidad de Directora Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo insistió en la selección de la tutela.

³ Reglamento de la Corte Constitucional, “En la publicación de sus providencias, las Salas de la Corte o el magistrado sustanciador, en su caso, podrán disponer que se omitan nombres o circunstancias que identifiquen las partes”. Asimismo, la Circular Interna No. 10 de 2022 emitida por la Presidencia de esta corporación dispone que se deben omitir de las providencias que se publican en la página web de la entidad los nombres reales de las personas cuando se haga referencia a una historia clínica o información relativa a la salud, o se pueda poner en riesgo la vida, integridad personal o la intimidad personal y familiar. Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso resulta necesario omitir los datos de identificación de la accionante, toda vez que se hace referencia a su historia clínica y diferentes patologías.

1. El 3 de febrero de 2021, *Sonia* instauró acción de tutela en contra del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (“Protección”), al considerar que el no reconocimiento de una pensión de invalidez a su favor contrariaba sus derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social, mínimo vital e igualdad e indicó que desconocer su capacidad laboral residual implicaba una contradicción del precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional. En consecuencia, solicitó ordenar a Protección el reconocimiento de la pensión de invalidez, la inclusión en nómina y el pago de las mesadas pensionales causadas y dejadas de percibir⁴.

B. HECHOS RELEVANTES

2. *Sonia*, de 41 años⁵, señaló que en octubre del 2015 empezó a trabajar en *Construcciones S.A.S.* (el “empleador”) como supervisora de seguridad, labor que desarrollaba de 8:00 am – 4:00 pm. Adujo que, gracias a ello, empezó a cotizar al sistema general de seguridad social⁶ por primera vez⁷.

3. Afirmó que, estando vinculada, fue diagnosticada con *artritis reumatoidea juvenil* y *fibromialgia* y que como consecuencia de su enfermedad empezó a perder la visión.

4. Dicho diagnóstico la obligó a consultar a un psiquiatra por trastornos depresivos y de adaptación⁸. En razón de lo anterior, fue incapacitada desde el 30 de mayo de 2019 hasta el 23 de noviembre del 2020⁹. La tutelante reconoció, que previo a su ingreso, había manifestado molestias físicas desde hacía más de 20 años¹⁰.

5. La EPS no emitió más incapacidades que la reseñada, pero incluyó un concepto de rehabilitación desfavorable respecto de las patologías: “*hallus valgus (adquirido); lumbago no especificado y artritis reumatoide*”. Agregó que la EPS también le “*entregó una carta dirigida al Fondo de Pensiones Protección en la cual manifiesta que remite el concepto de no rehabilitación*”¹¹.

6. A la luz del mencionado concepto, la accionante acudió al fondo de pensiones accionado para solicitar pensión de invalidez, con fundamento en un dictamen del 31 de marzo del 2020, en el cual SERVICIOS DE SALUD IPS S.A. le informó tener una pérdida de la capacidad laboral del 65.77% (el “Comunicado”), con fecha de estructuración del 5 de diciembre de 2011, por las “*patologías artritis reumatoide seropositiva con deformidad y manifestaciones extraarticulares más fibromialgia; disfunción sistema visual (disminución agudeza visual); trastorno de adaptación; gastritis crónica más estenosis esofágica y anterolistesis C4-C5 y C5-C6 con cambios degenerativos*”¹².

⁴ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 ESCRITO DE TUTELA 1.pdf”, folio 7.

⁵ Como deja ver su Cédula de Ciudadanía disponible en el expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA 6.pdf”, folio 1.

⁶ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 ESCRITO DE TUTELA 1.pdf”, folio 1.

⁷ Existe un comunicado de PROTECCIÓN donde certifica que se encuentra vinculada al fondo de Pensiones Obligatorias Protección Conservador desde el 23 de julio de 2003 (ver, expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA.pdf”, folio 1), de igual manera Famisanar EPS certificó que se encuentra vinculada desde febrero de 2020 (Ver expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA 5.pdf”, folio 1).

⁸ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 ESCRITO DE TUTELA 1.pdf”, folio 1.

⁹ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 ESCRITO DE TUTELA 1.pdf”, folio 1, ver también “2021-025 RESPUESTA AFP PROTECCION 3 (1).pdf” folio 1.

¹⁰ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 ESCRITO DE TUTELA 1.pdf”, folio 1.

¹¹ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 ESCRITO DE TUTELA 1.pdf”, folio 2.

¹² Expediente digital 8.266.772, “2021-025 ESCRITO DE TUTELA 1.pdf”, folio 2.

7. El 30 de octubre de 2020, Protección negó la solicitud pensional por no contar con cincuenta semanas cotizadas durante los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez¹³.

8. La accionante señaló que la decisión de Protección vulnera sus derechos fundamentales y censuró el hecho de que la entidad no hubiese tenido en cuenta las semanas que cotizó entre octubre de 2015 y la fecha del Comunicado de pérdida de capacidad laboral (31 de marzo de 2020). Resaltó que durante ese lapso cotizó alrededor de 230 semanas¹⁴. También alegó el desconocimiento de la jurisprudencia en materia de capacidad laboral residual¹⁵.

C. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS Y VINCULADAS

Protección S.A.

9. Empezó por precisar que la accionante se encuentra vinculada al Sistema General de Pensiones desde el 23 de julio de 2003¹⁶ y demostró que el 24 de enero de 2020 radicó solicitud de pago de incapacidades y calificación de pérdida de la capacidad laboral¹⁷. Agregó que la solicitud de reconocimiento y pago de subsidio por incapacidad no era procedente al desconocer el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, esto pues ya se contaba con un concepto de rehabilitación desfavorable expedido el 24 de diciembre de 2019¹⁸. En virtud de dicho concepto se dio trámite a la calificación de pérdida de capacidad laboral.

10. Además, Protección indicó que la enfermedad que daba lugar a la calificación era de origen común, manifestando: *“la Comisión Médico Laboral con quien Protección S.A. tiene celebrado contrato de prestación de servicios una vez conoció del caso procedió a calificar a la citada señora (Sonia), mediante dictamen del 31 de marzo de 2020 en donde dicha entidad determinó un 65.77% de pérdida de la capacidad laboral, por enfermedad de origen común y con fecha de estructuración 5 de diciembre de 2011”*¹⁹.

11. Ahora bien, al analizar los demás requisitos de pensión de invalidez, determinó que no se acreditaron las cincuenta semanas de cotización anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez²⁰, lo que imposibilitaría la configuración de las prestaciones económicas solicitadas, conforme a lo previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de Ley 860 de 2003. Al respecto, la accionada indicó que: *“en el período del 5 de diciembre de 2008 a 5 de diciembre de 2011 NO SE REALIZARON COTIZACIONES POR LA AFILIADA tal y como lo reconoce la afiliada en su escrito, razón por la cual no hubo lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez”*²¹.

¹³ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 ESCRITO DE TUTELA 1.pdf”, folio 2.

¹⁴ La historia laboral solo deja ver 12.86 semanas cotizadas y 257.4 semanas en estado de revisión (ver expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AFP PROTECCION 2.pdf”, folios 1-4.)

¹⁵ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 ESCRITO DE TUTELA 1.pdf”, folio 3.

¹⁶ Ver pie de página 4.

¹⁷ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AFP PROTECCION 4.pdf”, folios (1-13)

¹⁸ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AFP PROTECCION 1 (1).pdf”, folio 2.

¹⁹ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AFP PROTECCION 1 (1).pdf”, folio 2.

²⁰ Esto se evidencia en la historia laboral de la accionante que consta en la historia laboral de la accionante (ver expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AFP PROTECCION 2.pdf”, folios 1-4).

²¹ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AFP PROTECCION 1 (1).pdf”, folio 3.

12. Luego expresó que, en su criterio, la figura procedente sería la devolución de saldos. Sin embargo, agregó que la accionante no tenía consignaciones en la cuenta de ahorro individual que permitieran aplicarla²². Agregó que las únicas cotizaciones que encontró eran entre octubre y diciembre de 2020, en todo caso posteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Afirmó que estos elementos fueron explicados mediante comunicado dirigido a la tutelante del 30 de octubre de 2020²³, el cual no fue respondido por ella.

13. Procedió a indicar que la tutela no cumple con los requisitos de aplicación de la sentencia SU-588 de 2016, pues a pesar de que existe una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, y la presencia de un número importante de semanas de cotización -(230) después de la estructuración de la invalidez-, lo cierto es que la accionante no ha desempeñado ninguna labor ni oficio propia de su cargo con posterioridad a la estructuración de su invalidez, debido a su continua incapacidad²⁴. Así, consideró que no se cumple con el tercer requisito, puesto que la accionante ha estado incapacitada desde mayo de 2019 hasta la presentación de la acción constitucional, lo que permitiría concluir que: *“la actora NO HA DESEMPEÑADO UNA LABOR U OFICIO PROPIA DE SU CARGO CON POSTERIORIDAD A LA ESTRUCTURACIÓN DE SU INVALIDEZ, DADO QUE HA PERMANECIDO INCAPACITADA lo que denota que ha aportado al Sistema (sic) como consecuencia de la obligación legal de su empleador mientras permanece incapacitada por su EPS y recibe su prestación económica por invalidez”*²⁵.

14. Para lo anterior, adjuntó el certificado de incapacidades emitido por la EPS Famisanar, que refleja incapacidades desde el 20 de mayo de 2019 hasta el 23 de noviembre de 2020²⁶. También indicó que, en un fallo de tutela anterior dictado por el Juzgado Treinta (30) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, se ordenó a Protección pagar esas incapacidades. En esa oportunidad, la entidad puso de presente que la accionante nunca había realizado cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones y que solo encontrándose disminuida en su capacidad laboral empezó a aportar de manera fraudulenta²⁷.

15. Agregó la accionada que, en el presente caso, no concurren los requisitos de procedibilidad de la tutela, citando principalmente la falta de subsidiariedad de la acción al no haber acudido a la justicia ordinaria. Adicionó, citando la sentencia T-471 de 2017, que no existe una prueba siquiera sumaria que permitiese evidenciar el acaecimiento de un perjuicio irremediable²⁸. En concordancia con lo anterior calificó las pretensiones de puramente económicas, indicando que la competencia para resolverlas es del juez ordinario, a la luz de las sentencias T-972 de 2003, T-505 de 2004 y T-129 de 2004. Esto pues consideró que no había relación entre las prestaciones solicitadas y la salvaguarda de sus derechos fundamentales, particularmente a la vida digna y al mínimo vital²⁹.

²²Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AFP PROTECCION 2.pdf”, folios 1-4.

²³ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AFP PROTECCION 1.pdf”, folios 4-6.

²⁴ Indicó la accionada: *“la AFP debe verificar que se cumplan los siguientes requisitos determinados por la Corte Constitucional: 1. Que la solicitud pensional fue presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa. 2. Que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada por la autoridad médico laboral, la persona cuenta con un número importante de semanas cotizadas. 3. Que los aportes fueron realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, es decir que, en efecto, la persona desempeñó una labor u oficio y que la densidad de semanas aportadas permite establecer que el fin de la persona no es defraudar al Sistema.”*

²⁵ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AFP PROTECCION 1 .pdf”, folio 9.

²⁶ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AFP PROTECCION 1 .pdf”, folio 9.

²⁷ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AFP PROTECCION 1 (1).pdf”, folio 10.

²⁸ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AFP PROTECCION 1 (1).pdf”, folio 12.

²⁹ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AFP PROTECCION 1 (1).pdf”, folio 12-14.

16. Concluyó que toda la actuación de Protección es conforme con la ley y la jurisprudencia aplicable. Así mismo, solicitó declarar improcedente la acción por no haberse cumplido con el requisito de subsidiariedad.

Famisanar EPS

17. Alegó falta de legitimad por pasiva, al no haber sido convocada por la parte, ni guardar relación su actividad con las pretensiones desarrolladas en la tutela³⁰.

18. También estableció que la accionante se encuentra vinculada al régimen contributivo, dentro del cual recibe tratamiento por su patología de origen común³¹. A su respuesta, adjuntaron un concepto de rehabilitación desfavorable³², de fecha 24 de diciembre 2019, y un informe de cotizaciones continuas al sistema de salud desde el 1° de octubre de 2015³³. Por lo anterior, solicito su desvinculación del trámite constitucional.

AXA Colpatría Seguros de Vida S.A.

19. En calidad de aseguradora de riesgos laborales, aclaró que la accionante se encuentra vinculada a la entidad desde el 2 de septiembre de 2015 y hasta el momento de presentación del escrito³⁴. Indicó que no tiene relación con el debate planteado en la demanda de tutela, ya que no existe reporte de enfermedad o accidente laboral sufrido por la tutelante³⁵, razón que consideró suficiente para solicitar su desvinculación.

Construcciones S.A.S.

20. Manifestó que la accionante está vinculada con esa empresa desde el 1° de octubre de 2015, mediante un contrato a término indefinido, desempeña su cargo en la empresa y devenga un salario mínimo³⁶.

21. Adicionalmente rechazó una eventual defraudación del sistema de seguridad social, pues aclaró que había sido la responsable de la afiliación y pagos a la EPS, AFP y ARL. Indicó, en específico: *“somos nosotros los responsables del pago de su seguridad social y fuimos nosotros quienes gestionamos las debidas afiliaciones a las administradoras mencionadas anteriormente. Por lo cual rechazamos el testimonio de protección al acusar a la trabajadora de un “actuar fraudulento... y que solo inició con el pago de las cotizaciones cuando se le negó el reconocimiento de pensión de invalidez” ya que contamos con los debidos soportes del pago efectuado desde el mes de septiembre de 2015 y que se efectúan hasta la fecha (documentos que ya están anexados y radicados con la solicitud de tutela) contradiciendo así la información dada por ellos de que la señora solo ha cotizado al fondo de pensiones desde el mes de octubre de 2020”*³⁷.

³⁰ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA FAMISANAR EPS 1.pdf”, folios 1 y 2.

³¹ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA FAMISANAR EPS 1.pdf”, folio 2.

³² Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA FAMISANAR EPS 3.pdf”.

³³ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA FAMISANAR EPS 5.pdf”, folios 1-3. Última constancia de cotización del primero de enero de 2021

³⁴ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AXA COLPATRIA 1.”, folio 1.

³⁵ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AXA COLPATRIA 1.”, folio 1.

³⁶ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA CYAA ER S.A.S. 1.”, folio 1.

³⁷ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA CYAA ER S.A.S. 1.”, folio 1.

22. Por último, adjuntó los respectivos certificados de afiliación al Sistema General de Seguridad Social.

SERVICIOS SALUD IPS

23. No se pronunció, por lo que se tuvieron por ciertos los hechos expuestos por la accionante respecto a esa entidad, según lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991. Sin embargo, no hay presunciones relacionadas con sus funciones.

D. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

Primera Instancia: sentencia proferida por el Juzgado *** Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, el *** de *** de 2021

24. Este juzgado vinculó de manera oficiosa a FAMISANAR EPS, ARL AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., y al empleador. El juez de instancia estudió la procedibilidad de la acción planteada, llegando a la conclusión de que no se cumplía con el requisito de subsidiariedad, al existir otra serie de mecanismos ordinarios que cumplen la finalidad pretendida por la accionante.

25. Lo anterior, en tanto la competencia del juez en materia probatoria es más amplia en sede ordinaria y los diez días en que se debía resolver el trámite de tutela eran insuficientes para agotar el extenso debate probatorio y fáctico que permitiese aclarar la situación puesta de presente³⁸. En esa medida, reconoció que: *“el caso planteado requiere de un análisis probatorio profundo por parte de la autoridad judicial laboral, como quiera que la negativa de la AFP PROTECCIÓN se fundamenta en el no cumplimiento de los requisitos legales, establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 960 de 2003”*.

26. Adicionó que no existe una prueba de la urgencia o inminencia del acaecimiento de un perjuicio irremediable, lo que imposibilitaba la concesión del amparo transitorio. Sustentó esto en el hecho de que la accionante permanece vinculada al empleador, de quien recibe una asignación salarial que le permite atender sus necesidades básicas³⁹.

27. Por lo expuesto, denegó por improcedente la tutela y desvinculó a AFP PROTECCIÓN, FAMISANAR EPS S.A.S., ARL AXA COLPATRIA, SERVICIOS DE SALUD IPS Y CONSTRUCCIONES S.A.S.

Impugnación

28. Tanto la accionante como el empleador impugnaron el fallo, con fundamento en las razones que se exponen a continuación.

29. Accionante: mediante escrito del 18 de febrero de 2018, manifestó que por su pérdida de capacidad laboral se encontraba incurso en una causal de debilidad manifiesta, a luz de lo establecido en la sentencia *“T-378 de 1987 (sic)”*, por lo que obligarla a acudir a la justicia ordinaria implicaba un trato injusto y desigual⁴⁰.

³⁸ Expediente digital 8.266.772, “2021-00025 MV-SEGURIDAD SOCIAL-RECONOCIMIENTO PENSION-AFP PROTECCION.pdf”. folio 12.

³⁹ Expediente digital 8.266.772, “2021-00025 MV-SEGURIDAD SOCIAL-RECONOCIMIENTO PENSION-AFP PROTECCION.pdf”. folio 13.

⁴⁰ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 IMPUGNACION SONIA.pdf”. folios 1 y 2.

30. Adicionó, sin sustento, que los procesos ordinarios podían durar entre “*dos a cinco años o más*” y que los mismos no son lo suficientemente expeditos, pues existe un perjuicio irremediable que describió como: “*mis derechos fundamentales para poder gozar en vida*”, sin ofrecer mayor detalle, y citó la sentencia T-033 de 2002⁴¹ para fundamentar su afirmación. Agregó que, debido a la pandemia, acceder a la justicia ordinaria se había tornado aún más complicado en su situación particular.

31. Frente a la necesidad de un debate probatorio más riguroso se limitó a reiterar que había una urgencia de precaver perjuicio irremediable, aunque se abstuvo de delimitarlo⁴².

32. Respecto a la falta de cumplimiento de requisitos legales alegada por el fondo de pensiones, indicó que el juez de instancia omitió la aplicación de la sentencia SU-588 de 2016. Esto pues consideró que: “*el común denominador es que las personas cuenten con un número importante de semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración que le fue fijada por la autoridad médico laboral. Es por eso que esta Corte ha establecido que, luego de determinar que la solicitud fue presentada por una persona con una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, a las Administradoras de Fondos de Pensiones, les corresponde verificar que los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez, (i) hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y (ii) que estos no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social*”⁴³.

33. Por lo anterior, consideró que era carga de la Administradora de Fondos de Pensiones la comprobación de la ausencia de fraude⁴⁴. En este sentido, reiteró su petición de ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

34. Empleador: alegó que el desconocimiento de la pensión lo afecta directamente, pues ha tenido que soportar la incapacidad de la accionante y se vio obligado a reintegrarla, sin que esta pueda desempeñar muchas labores por su patología⁴⁵. Mencionó las causales de despido y afirmó que el propósito de la tutela era evitar un perjuicio irremediable, pues, a su juicio, la pérdida de capacidad del 65.77% obliga a Protección a reconocer y pagar la pensión de invalidez⁴⁶. Reiteró que la sola incapacidad implicaba una obligación para el fondo de pensiones de reconocer la prestación por invalidez y corresponde al juez de tutela pronunciarse al respecto de la materia. Por último, dejó de presente que se han realizado todos los aportes a seguridad social entre 2015 y la fecha⁴⁷.

Segunda Instancia: sentencia proferida por el Juzgado *** del Circuito de Conocimiento, el *** de *** de 2021

35. Definió la capacidad laboral residual como: “*la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva, que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad*”⁴⁸.

⁴¹ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 IMPUGNACION SONIA.pdf”. folio 1.

⁴² Expediente digital 8.266.772, “2021-025 IMPUGNACION SONIA.pdf”. folio 4.

⁴³ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 IMPUGNACION SONIA.pdf”. folio 6.

⁴⁴ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 IMPUGNACION SONIA.pdf”. folio 6.

⁴⁵ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 IMPUGNACION CONSTRUCCIONES SAS.pdf”. folio 2.

⁴⁶ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 IMPUGNACION CONSTRUCCIONES SAS.pdf”. folio 3.

⁴⁷ Expediente digital 8.266.772, “2021-025 IMPUGNACION CONSTRUCCIONES SAS.pdf”. folio 4.

⁴⁸ Expediente digital 8.266.772, “FALLO SEGUNDA INSTANCIA 2021-0022.pdf”. folio 8.

36. Acto seguido, aclaró que en lo que respecta a la sentencia SU-588 de 2016, se deben tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez, puesto que, de lo contrario, se desconocerían los principios de: universalidad, solidaridad, integralidad, prevalecía de realidad sobre las formas y la buena fe. Además indicó que corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones (“AFP”) verificar: *“i) que la solicitud pensional fue presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, (ii) que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada por la autoridad médico laboral, la persona cuenta con un número importante de semanas cotizadas; y, (iii) que los aportes fueron realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, es decir que, en efecto, la persona desempeñó una labor u oficio y que la densidad de semanas aportadas permite establecer que el fin de la persona no es defraudar al Sistema⁴⁹.”*

37. Agregó que, al amparo del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 (modificado por la Ley 860 de 2003), las AFP deben determinar el momento desde el que aplican los siguientes supuestos: (i) la última fecha de cotización; (ii) la presentación de la solicitud pensional; o (iii) la fecha de calificación. Sustentada dicha fecha, se contarán las cincuenta semanas durante los tres años anteriores para determinar el reconocimiento de pensión de invalidez⁵⁰. Con lo anterior, encontró que el juez de instancia, de manera acertada, encontró improcedente la acción interpuesta, por ser competente el juez ordinario de determinar la acreencia de la prestación⁵¹.

38. De igual manera, consideró que el análisis desplegado en primera instancia fue suficiente para desvirtuar la falta de idoneidad o eficacia del mecanismo de tutela en el caso específico. Sobre todo, porque se contrastó la duración de los procesos de tutela y ordinario, así como sus limitaciones en materia probatoria, concluyendo que la tutela no permitía dar una solución concreta al tema en cuestión⁵². Razones por las que coincidió en que el juez natural es el competente para resolver la presente controversia.

39. De conformidad con lo expuesto, recordó que Protección explicó que había considerado el precedente jurisprudencial y que, a pesar de la presencia de una enfermedad y un número significativo de semanas de cotización posteriores a la fecha de estructuración, la accionante no desempeñó labor alguna antes de octubre del 2015 ni en el periodo de incapacidad (comprendido entre mayo de 2019 y el 23 de noviembre de 2020). Lo que a juicio de la entidad accionada desconocía el requisito de ejercer una actividad productiva⁵³.

40. Frente a los argumentos expuestos en la impugnación, aclaró que la sola discapacidad laboral, *per se*, no era suficiente para obviar los requisitos de procedibilidad de la tutela⁵⁴. En consecuencia, señaló que existen elementos legales y jurisprudenciales que respaldan la respuesta negativa de Protección y que existen otros mecanismos judiciales que permiten la tutela efectiva de los derechos en cuestión. Por último, recordó que la señora accionante recibe una asignación salarial

⁴⁹ Expediente digital 8.266.772, “FALLO SEGUNDA INSTANCIA 2021-0022.pdf”, folio 8.

⁵⁰ Expediente digital 8.266.772, “FALLO SEGUNDA INSTANCIA 2021-0022.pdf”, folio 8.

⁵¹ Expediente digital 8.266.772, “FALLO SEGUNDA INSTANCIA 2021-0022.pdf”, folio 9.

⁵² Expediente digital 8.266.772, “FALLO SEGUNDA INSTANCIA 2021-0022.pdf”, folio 9.

⁵³ Expediente digital 8.266.772, “FALLO SEGUNDA INSTANCIA 2021-0022.pdf”, folio 9.

⁵⁴ Expediente digital 8.266.772, “FALLO SEGUNDA INSTANCIA 2021-0022.pdf”, folio 10.

y actualmente está vinculada a la seguridad social, lo que descarta la existencia de un perjuicio irremediable⁵⁵.

41. Por último, el juzgado puso de presente que la negativa de Protección, notificada el 30 de octubre de 2020, no fue impugnada con ningún tipo de recurso o solicitud de reconsideración, lo que en su criterio, indicaba el uso de la tutela como una subsanación de la falta de diligencia mínima respecto de las cargas que corresponde a la accionante⁵⁶. Por este motivo, confirmó la decisión de primera instancia.

E. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y PRUEBAS RECAUDADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Insistencia

42. La directora nacional de recursos y acciones judiciales de la Defensoría del Pueblo insistió en la selección de la tutela, invocando las facultades contenidas en los artículos 86 y 282 de la Constitución Política, el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 401 de la Resolución 638 de 2008. Tras un recuento jurisprudencial⁵⁷, la Defensoría manifestó que la tutela era el medio idóneo y eficaz para proteger a la accionante, puesto que los medios ordinarios eran inanes dada la condición de salud de la accionante, por implicar tiempos extensos⁵⁸. Además, afirmó que los requisitos jurisprudenciales de verificación de un perjuicio irremediable deben ser analizados de una forma flexible, en razón de las condiciones del sujeto.

43. Indicó que, en su criterio, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, modificatorio del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, disponía que tendría derecho a la pensión de invalidez la persona que hubiese cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la misma. Agregó que, según el artículo 2 del Decreto 917 de 1999, se consideraba inválida a cualquier persona con una pérdida superior al 50% de la capacidad laboral y que: *“frente a las semanas cotizadas, la Corte ha sido clara que el requisito de las 50 semanas cotizadas en los tres últimos años anteriores a la fecha de estructuración, solo aplica para las personas que no tienen una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, pero si la persona padece una de estas enfermedades y conservó una capacidad laboral residual después de ser diagnosticada y siguió trabajando, tiene derecho a que el fondo de pensiones les reconozca los aportes que realizaron con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, y hasta el momento en que perdió su fuerza de trabajo de manera permanente y definitiva”*⁵⁹.

44. Con lo anterior, concluyó que, aunque la fecha de estructuración fue en el año 2011, la señora *Sonia* trabajó después de esa fecha y llegó a cotizar 230.97 semanas en desarrollo de su capacidad laboral residual, lo que le daría derecho a acceder a la pensión solicitada.

Práctica de pruebas

⁵⁵ Expediente digital 8.266.772, “FALLO SEGUNDA INSTANCIA 2021-0022.pdf”. folio 10.

⁵⁶ Expediente digital 8.266.772, “FALLO SEGUNDA INSTANCIA 2021-0022.pdf”. folio 11.

⁵⁷ Invocó las sentencia T-040 de 2015.

⁵⁸ Expediente digital 8.266.772, “T8266772 DEFENSORIA DEL PUEBLO.pdf”. folios 7 y 22.

⁵⁹ Expediente digital 8.266.772, “T8266772 DEFENSORIA DEL PUEBLO.pdf”. folios 23 y 24.

45. Mediante auto del 26 de enero de 2022, de acuerdo con el artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional, el magistrado sustanciador ordenó la práctica de pruebas, en aras de esclarecer los antecedentes del presente caso. También se ordenó por parte de la Sala de Revisión la suspensión de los términos del proceso. El magistrado sustanciador resolvió: (i) oficiar a Protección para que allegará copia de la comunicación en la que informaba a la accionante de la posibilidad de impugnar la decisión de no reconocer la prestación económica; y (ii) oficiar a la accionante para que aclarara la información relacionada con los primeros síntomas de su enfermedad, las labores que continuaba realizando y el hecho de conocer la posibilidad de interponer recursos en contra de la decisión que negaba el reconocimiento pensional⁶⁰.

46. Así las cosas, se recaudaron las siguientes pruebas:

AFP Protección S.A.

47. Inicialmente, no se recibió respuesta de la entidad accionada. Esto se debió a un error en la comunicación del auto de prueba, que fue subsanado por la Secretaría General de esta Corte el 14 de marzo de 2023 –como se explicará más adelante-. Derivado de una nueva comunicación de la providencia, Protección allegó el 10 de abril de 2023 la respuesta que se sintetiza a continuación⁶¹:

Pregunta	Respuesta
Copia de solicitudes de reconocimiento pensional y de la respuesta del 30 de octubre de 2021	Allegó los siguientes documentos: <ul style="list-style-type: none"> - Asesoría preliminar del 5 de agosto de 2020. - Formato de radicación de la solicitud de la prestación económica por invalidez del 12 de septiembre de 2020 - Comunicación en la que se define solicitud, del 30 de octubre de 2020 - Respuesta a solicitud de reconsideración a la definición de la prestación, del 28 de diciembre de 2020.
	Respuesta del 30 de octubre de 2020: <i>“Luego de realizar el análisis de su cuenta individual y teniendo en cuenta que usted fue calificado con fecha de estructuración 05 de diciembre de 2011, Protección se permite reconocer a su favor la prestación subsidiaria de devolución de saldos, como respuesta al trámite que usted adelantó con dicha Administradora; esta definición se da luego de considerar que en la cuenta de Pensión Obligatoria usted no tiene 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, ya que solo cotizó 05, lo anterior, de conformidad a lo establecidos en la Leu 860 de 2003 artículo 1°</i>
	Respuesta del 28 de diciembre:

⁶⁰ En el auto de pruebas se ordenó: “**PRIMERO.**- Por Secretaría General de esta Corte, **OFÍCIESE** al fondo de pensiones ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia: 1. Allegue copia de los escritos presentados, relacionados a la solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez de *Sonia* y la respuesta del 30 de octubre de 2020, mediante la cual se habría negado tal solicitud. Para dar respuesta a lo anterior, remita a esta Corte, las pruebas o soportes correspondientes. La información podrá ser enviada al buzón: secretaria2@corteconstitucional.gov.co. **SEGUNDO.**- Por Secretaría General de esta Corte, **OFÍCIESE** a la señora *Sonia* para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia responda el siguiente cuestionario: 1. ¿Conocía de la posibilidad de presentar recursos administrativos en contra de la Resolución que le fue comunicada por PROTECCIÓN S.A. el 30 de octubre de 2020?, 2. ¿Recuerda cuando se empezaron a presentar los primeros síntomas que llevaron al diagnóstico de su enfermedad y la subsiguiente calificación de pérdida de capacidad laboral?, y 3. Describa de manera detallada las labores que ha continuado realizando en *Construcciones S.A.S.* **TERCERO.**- En cumplimiento del artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional, **PONER** a disposición de las partes o de los terceros con interés, todas las pruebas y escritos recibidos en virtud de lo dispuesto en el presente auto, para que se pronuncien sobre las mismas en un término de un (1) día calendario a partir de su recepción”.

⁶¹ La respuesta aportada por Protección fue allegada por fuera del término previsto. De ello da cuenta el estado del proceso en el que se indica que “se reenvió el oficio OPTB-016/22 a la dirección correcta y posterior a ello no se recibió comunicación alguna”, mientras que, posteriormente se consignó la siguiente anotación: “10/abril/2023: En la fecha, se envía al despacho, correo electrónico remitido por la Dirección de Procesos Jurídicos de Protección SA, por medio del cual allega respuesta al oficio OPTB-016/22”. El estado puede consultarse en la página https://www.corteconstitucional.gov.co/secretaria/consultat/consulta.php?campo=rad_codigo&date3=2019-01-01&date4=2023-05-26&radi=Radicados&palabra=T8266772&radi=radicados&todos=%25.

Pregunta	Respuesta
	<p>No es posible acceder a la solicitud por no cumplir con los requisitos para obtener pensión de invalidez, establecidos en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 -que modificó el artículo 39 de la Ley 100-, porque la peticionaria únicamente cotizó 0.5 semanas en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, y para acceder a la prestación se requieren 50 semanas cotizadas en ese periodo.</p> <p>Agregó que la fecha de estructuración está en firme porque la interesada no apeló el informe rendido el 8 de mayo de 2020.</p> <p>Por lo anterior se reitera la carta del 30 de octubre de 2020 en la que se reconoció su derecho a la devolución de saldos por invalidez.</p>

Sonia:

48. *Sonia* emitió dos respuestas a los interrogantes planteados, ambas fechadas del 28 de enero de 2023, aunque la primera de ellas fue remitida a la Corte Constitucional el 1° de febrero de 2022, mientras que la segunda fue remitida el 23 de febrero siguiente⁶². Así las cosas indicó:

Pregunta	Respuesta 1/02/22	Respuesta 23/02/22
Circunstancias relacionadas con el no reconocimiento pensional y la falta de interposición de recursos	<p><i>Rta: no estoy segura de la resolución mencionada. Pero en unos de los documento [sic] cuando me negaron la pensión mencionaron el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, dispone los requisitos para obtener la pensión de invalidez. El cual en su momento cuando realizaron la fecha de estructuración yo no sabía ni tenía conocimiento que podía apelarla, por lo cual deje pasar el comunicado por alto, sin saber las consecuencias que hoy en día estoy presentando.</i></p>	<p><i>Rta: NO.</i></p> <p><i>Cuando me negaron el derecho a pensión me explicaron que fue por la fecha de estructuración, la cual en su momento cuando realizaron yo no sabía que podía apelarla, ni su concepto, ni sus consecuencias. Por lo cual deje pasar el comunicado por alto, sin saber los problemas que hoy en día estoy presentando. Ni tampoco recibí ninguna clase de asesoría por parte de la entidad donde me explicaran a que se debía esta fecha.</i></p>
El inicio de la enfermedad	<p><i>Rta. Cuando tenía 20 años me diagnosticaron la enfermedad, puesto que en esa fecha no presentaba ni había cotizado me afiliaron en la secretaria de salud para que me afiliaran a SISBEN y fue en ese tiempo más o menos cuando me diagnosticaron Artritis Rematoidea Juvenil.</i></p>	<p><i>Rta. Cuando llegué a Bogotá no tenía EPS, por unos leves dolores a la edad de 20 años mi abuela me llevo a la secretaria de salud para que me afiliara a un SISBEN, me empezó con una Artritis Rematoidea Juvenil, que por el comienzo no me afecto para continuar con mi vida normal, pues me empezó suave según diagnósticos de los doctores en aquella época. Pero con el pasar del tiempo esta enfermedad me ha venido trayendo más enfermedades la cuales son:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1.Fibromialgia;</i> <i>2.Pérdida de visión;</i> <i>3.Resequedad en todo el cuerpo;</i> <i>4.Problema en la garganta;</i> <i>5.Depresión;</i> <i>6.Gastritis crónica;</i> <i>7.Infecciones continuas.</i> <p><i>En estos momentos me encuentro en un estado de vulnerabilidad, pues no puedo seguir trabajando por mi difícil situación de salud ya que mi enfermedad es una ENFERMEDAD DEGENERATIVA y al pasar de los días es peor pues me siguen apareciendo más cosas y se me complican</i></p>

⁶² Ambas por fuera del término previsto.

Pregunta	Respuesta 1/02/22	Respuesta 23/02/22
		<p><i>las otras enfermedades...(la última vez me cambiaron de medicamento pero mi cuerpo reacciona mal al medicamento, me salió una alergia una resequeidad severa), en la cual la picazón y el desespero de verme así mi piel hace que la depresión aumente, debido a que a veces siento no valerme por mí misma, adicional tengo a cargo a mi hija pre-adolescente que es la que cuando me siento muy mal me ayuda a vestirme, bañarme ir al baño, entre otras necesidades...</i></p> <p><i>Pago arriendo, servicios públicos, tenemos que alimentarnos. Y ya que no he podido trabajar por mi salud y las incapacidades que he tenido pues me siento muy vulnerable ya que la EPS me paga hasta los 180 días y después de eso le toca a Protección quien se niega a pagarlas la última vez me toco interponer una tutela para que el Juez diera el dictamen para que me la pagarán, en esta oportunidad está pasando lo mismo ya que llevo más de los 180 días en incapacidad por mi situación actual de salud y la EPS ya no me siguió pagando las incapacidades y Protección tampoco por ende me toca volver hacer los papeleos pagarle a alguien para que me ayude a redactarla y enviarla para que me paguen estas incapacidades y así poder cumplir con los arriendo pendientes y necesidades primordiales de mi hija y mía. Como lo son la alimentación, el estudio de mi hija. Este proceso no se ha hecho ya que me encontraba en una de mis crisis de la enfermedad en la cual a veces no me deja ni levantar de la cama. Por ello no se ha hecho aún esta tutela para que me faciliten el pago de estas últimas incapacidades.</i></p> <p><i>NOTA. Adjunto envió último historial clínico donde se especifican estas enfermedades que han venido apareciendo. (El historial clínico actualizado no se pudo enviar ya que se tardan 3 días hábiles para enviar dicho documento y poderlo adjuntar), pero si lo solicitan lo podría enviar luego de esta fecha. También adjunto envió historial de las incapacidades con las observaciones de hasta qué fecha la EPS se encarga de cancelarlas y desde cuando me encuentro sin un ingreso sostenible. Para mi hija y para mí.</i></p>
Prestación del servicio e incapacidad	<i>Rta: desde el día 30 de mayo del 2019 a la fecha me he encontrado en incapacidad, debido a que cada día que pasa el deterioramiento de mi salud se ha visto más afectada. Las cuales la eps solo me reconoció los 180 días según ley en un primer estado y de ahí en adelante tenía que pagarlas Fondo de pensiones la cual se negaba a hacerlo, me toco interponer</i>	<i>Rta: desde el día 30 de mayo del 2019 a la fecha me he encontrado en incapacidad, debido a que cada día que pasa el deterioramiento de mi salud se ha visto más afectada. Las cuales la eps solo me reconoció los 180 días según ley en un primer estado y de ahí en adelante tenía que pagarlas Fondo de pensiones.</i>

Pregunta	Respuesta 1/02/22	Respuesta 23/02/22
	<p><i>una tutela en la cual el Juez determino me tenía que pagar esos días de incapacidad.</i></p> <p><i>Desde el 07/09/2021 (la última incapacidad que me pago la Eps) en la cual se cumplieron nuevamente los 180 días que paga la misma, no he vuelto a recibir pago por lo cual me veo obligada nuevamente en esta oportunidad a volver hacer dicho proceso porque nuevamente no he vuelto a recibir pago.</i></p>	

49. Adicionalmente, en ambas oportunidades aportó una constancia de las incapacidades registradas ante Famisanar EPS desde fecha inicial 30 de mayo de 2019, hasta la fecha final del 25 de enero 2022.

Saneamiento del proceso

50. Se advirtió que el correo enviado el 28 de enero de 2022 desde el dominio [salasrevisio**n**@corteconstitucional.gov.co](mailto:salasrevision@corteconstitucional.gov.co) se dirigió a la dirección de correo electrónico accioneslegales@protección.com.co, pese a que la dirección de notificaciones suministrada por dicho sujeto procesal es accioneslegales@proteccion.com.co, es decir, sin la tilde.

51. Por lo anterior, mediante auto del 7 de marzo de 2023 se ordenó a la Secretaría General de esta corporación “*certificar si el auto de pruebas del 26 de enero de 2022 fue enviado al Fondo de Pensiones y cesantías Protección S.A. y, de ser posible, si dicha entidad efectivamente recibió en el correo electrónico suministrado en el marco del proceso de tutela para recibir notificaciones judiciales. Así mismo, si se recibió por parte de la Secretaría General algún tipo de mensaje de error de envío de correo electrónico en este trámite de comunicación. (...) [Y] en caso de que se verifique que el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. no fue enterado del auto de pruebas del 26 de enero de 2022, subsane el trámite de comunicación, enterando sin demora a la entidad de la referida providencia y dando cumplimiento a lo ordenado en su parte resolutive*”.

52. Así, el 14 de marzo de 2023 la Secretaría General de la Corte informó que, “*en cumplimiento al auto de fecha 7 de marzo de 2023, se verificó que al momento de comunicar el auto de fecha 28 de enero de 2022 al accionado Protección S.A., se dirigió erróneamente el correo electrónico a la dirección ‘accioneslegales@protección.com.co’ siendo el correcto ‘accioneslegales@proteccion.com.co’ sin tilde. Por tanto, en aras de subsanar el yerro, se reenvió el oficio OPTB-016/22 a la dirección correcta y posterior a ello no se recibió comunicación alguna*”. Tiempo después de vencido el término inicialmente previsto para la recepción de respuesta por parte de Protección, la accionada la allegó, mediante correo electrónico, el 10 de abril de 2023 (ver *supra*, núm. 48).

II. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

53. Esta Sala de Revisión es competente para conocer de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de

la Constitución Política, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del auto del 17 de septiembre de 2021, emitido por la Sala de Selección Número Nueve de 2021 de esta corporación, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

B. CUESTIÓN PREVIA - PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA

54. En virtud de lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la reiterada jurisprudencia constitucional dictada en la materia⁶³ y los artículos concordantes del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual solo procede excepcionalmente como mecanismo de protección definitivo (i) cuando el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, o (ii) cuando, existiendo ese medio carezca de idoneidad o eficacia para proteger de forma adecuada, oportuna e integral los derechos fundamentales en las circunstancias del caso concreto. Asimismo, procederá como mecanismo transitorio cuando la acción se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable a un derecho fundamental. En el evento de proceder como mecanismo transitorio, el accionante deberá ejercer la acción principal en un término máximo de cuatro meses contados a partir del fallo de tutela⁶⁴.

55. Antes de realizar el estudio de fondo de la acción de tutela seleccionada, la Sala procederá a verificar si se cumplen los requisitos formales de procedibilidad de la tutela en este caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela – Caso concreto

56. Legitimación en la causa por activa. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que cualquier persona podrá interponer acción de tutela si considera que sus derechos fundamentales se encuentran afectados. La legitimación por activa en la acción de tutela se encuentra reglada en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991.

57. Lo anterior constituye un requisito de procedibilidad de la acción de tutela, que como ha expresado esta Corte, consiste en la: *“titularidad para promover la acción, con el cual se busca garantizar que la persona que acude a la acción de tutela, tenga un interés directo y particular respecto de la solicitud de amparo que eleva ante el juez constitucional, de manera que pueda establecerse sin dificultad, que lo reclamado es la protección de un derecho fundamental del propio demandante y no de otro”*⁶⁵.

58. Este requisito se encuentra acreditado en el caso de la señora *Sonia*, pues actúa para la protección de sus derechos fundamentales, a nombre propio y solicitando el reconocimiento de una pensión de invalidez a su favor.

59. Legitimación en la causa por pasiva. La acción de tutela, de acuerdo con el precepto constitucional mencionado, será ejercida contra (i) cualquier autoridad pública o, (ii) excepcionalmente, particulares, siempre que estos últimos, entre otras

⁶³ Corte Constitucional, sentencias T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015, T-548 de 2015, y T-317 de 2015.

⁶⁴ Decreto 2591 de 1991, artículo 8. La tutela como mecanismo transitorio. “Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado. En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela (...)”.

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia T-176 de 2011.

hipótesis, estén a cargo de la prestación de un servicio público, su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o el peticionario se encuentre en condición de subordinación o indefensión.

60. En el caso de la referencia, la legitimación por pasiva se encuentra acreditada respecto de Protección. El artículo 4° de la Ley 100 de 1993 dispone que las entidades públicas o privadas pueden prestar el servicio público de la seguridad social. Protección es una entidad privada encargada de administrar los recursos del sistema general de seguridad social en pensiones y cesantías⁶⁶, por lo que es un particular que presta un servicio público. Además, la accionante está afiliada a dicho fondo de pensiones. Por último, Protección es la entidad que presuntamente vulneró los derechos fundamentales de la demandante, dado que es la entidad que negó la solicitud de reconocimiento de pensión formulada por la accionante. En consecuencia, encuentra esta Sala acreditada la legitimación por pasiva en el presente caso.

61. No ocurre lo mismo respecto a las entidades vinculadas en primera instancia, estas son Famisanar EPS, AXA Colpatria Seguros de Vida S.A., Servicios de Salud IPS y *Construcciones S.A.S.*, puesto que no estarían en la capacidad de satisfacer las pretensiones de la accionante.

62. Inmediatez. La inmediatez de la acción de tutela hace referencia a la razonabilidad del plazo transcurrido entre la vulneración de los derechos del accionante y la interposición de la acción constitucional. Esta corporación ha sostenido de forma uniforme que el estudio de este plazo debe ser determinado por el juez constitucional caso por caso, estudiando sus particularidades, lo que implica que no existe un término procesal perentorio que cobije todas las acciones de tutela. Lo cierto es que la Sala en esta oportunidad encuentra que la tutela se presentó de manera oportuna y pronta. Esto pues la presentación de la solicitud de amparo se dio el 3 de febrero de 2021, esto es, menos de cuatro meses después de la negación de reconocimiento pensional por parte de Protección, lo cual, ocurrió el 30 de octubre de 2020.

63. Subsidiariedad. A la luz del artículo 86, la reglamentación del Decreto 2591 de 1991 y las reiteradas posturas de la Corte Constitucional⁶⁷, la tutela se caracteriza por ser un mecanismo residual y subsidiario. Como bien se recordó en las decisiones de instancia, su procedencia es excepcional y se atiene a los eventos donde: (i) el accionante no disponga de otro mecanismo de defensa judicial; y (ii) cuando, de existir el remedio ordinario, el mismo no sea idóneo o eficaz en la protección de los derechos fundamentales del presunto vulnerado. A esta regla general se le adicionan dos presupuestos excepcionales según los cuales; (i) el amparo es procedente de manera definitiva cuando no existan medios judiciales idóneos o eficaces para resolver el asunto elevado ante juez constitucional; y (ii) procedente de manera transitoria, en caso de que a pesar de existir un medio ordinario idóneo y eficaz, exista la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable. A su vez un mecanismo será idóneo cuando tenga aptitud para resolver el problema jurídico

⁶⁶ Artículo 4. “La Seguridad Social es un servicio público obligatorio, cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado y que será prestado por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones establecidos en la presente ley.// Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones”.

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencias T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015, T-548 de 2015 y T-317 de 2015.

planteado y pueda proteger los derechos fundamentales invocados. Será eficaz cuando dicha protección de derechos fundamentales sea oportuna⁶⁸.

64. Adicionalmente, se debe decir que por tratarse de una prestación económica relacionada con el reconocimiento de derechos pensionales se debe hacer la salvedad de que en este caso se puede verificar que: (i) *“su falta de otorgamiento ha generado un alto grado de afectación de los derechos fundamentales del accionante, en particular de su derecho al mínimo vital; (ii) se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial por el interesado tendiente a obtener la salvaguarda de sus derechos; y (iii) aparecen acreditadas las razones por las cuales el medio ordinario de defensa judicial es ineficaz para lograr la protección integral de los derechos presuntamente afectados o, en su lugar, se está en presencia de un perjuicio irremediable”*. Y, adicionalmente, se constata que *“(iv) (...) en el trámite de la acción de tutela –por lo menos sumariamente– se cumplen con los requisitos legales para acceder a la prestación reclamada”*⁶⁹.

65. También debe decirse que, cuando quien solicita el reconocimiento de pensión por una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y por tener más de cincuenta semanas cotizadas después de la fecha de estructuración de la incapacidad –capacidad laboral residual-, indicó esta corporación en materia de subsidiariedad:

*“[n]o obstante, la Corte ha sostenido que la tutela puede ser interpuesta para reclamar prestaciones sociales, si se verifican unos supuestos como, (i) que la tutela sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público. Ahora bien, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela no puede ser igual en todos los casos, pues este debe ser flexible cuando se trata de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y demandan una protección constitucional especial como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental, eventos en los cuales la procedencia de la acción se hace menos estricta”*⁷⁰.

66. En otra oportunidad, al estudiar la idoneidad de los recursos ordinarios para resolver la situación jurídica de una persona de cincuenta y siete años con una pérdida de capacidad laboral del 68.5%, dispuso la Corte: *“[d]entro de este contexto, y como se dijo previamente, la jurisprudencia de la Corte ha admitido que en los casos en los que el solicitante de un derecho pensional es un sujeto de especial protección constitucional, como por ejemplo, las personas con alguna discapacidad física o mental, las vías ordinarias se tornan ineficaces, cuando los tiempos de espera a los cuales tienen que verse sometidos puedan agravar las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentran. Así, en la sentencia T-569 de 2015 se manifestó que:*

“Dentro del asunto que le interesa a esta Corporación, ha dicho la jurisprudencia que cuando quien acude a las vías constitucionales para solicitar se ampare su derecho a la seguridad social, se encuentra dentro del grupo de personas a quienes la Constitución les brinda una especial protección, como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que

⁶⁸ Corte Constitucional, sentencia T-352 de 2019.

⁶⁹ Corte Constitucional, sentencias T-071 de 2019, T-616 de 2019 y T-340 de 2018.

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia T-057 de 2017.

padecen algún tipo de discapacidad física o mental, el estudio de procedibilidad de la acción de tutela debe realizarse con un criterio más amplio .

Así, cuando se trata de garantizar los derechos fundamentales de sujetos afectados por una disminución en su capacidad laboral, a quienes la administradora de fondo de pensiones les ha negado el reconocimiento de la pensión de invalidez, la acción de tutela se perfila como el mecanismo eficaz para reclamar dicha prestación. Ello es así, por cuanto los medios dispuestos por las vías judiciales ordinarias se tornan ineficaces, considerando que el tiempo que se toman para resolver pretensiones de esa naturaleza es bastante extenso. Y es que, un tiempo prolongado de incertidumbre jurídica, relacionada con el derecho a reclamar la pensión de invalidez, no puede ser asumido por una persona que ha perdido más del 50% de su capacidad para laborar y que está imposibilitada para generar ingresos que le permitan vivir en condiciones dignas.”

En el caso sub-judice, el accionante es una persona de 57 años de edad con una pérdida de capacidad laboral del 68.5%, por enfermedad de origen común con diagnóstico de “secuelas de neurosífilis”. De acuerdo con el último dictamen realizado el 12 de diciembre de 2015, esta enfermedad fue catalogada como “congénita”.

Por lo demás, es una persona que no cuenta con recursos para su subsistencia, ya que en la actualidad carece de algún ingreso estable que le permita satisfacer de forma efectiva sus necesidades básicas, sumado a que no está en condiciones físicas para poder trabajar. Sobre este último punto, según consta en el primer dictamen realizado al actor, su desempeño laboral se realizaba como ayudante de construcción y sus cotizaciones al sistema de seguridad social se efectuaban sobre el salario mínimo legal mensual vigente, lo que implica una muy baja probabilidad de tener una fuente de ahorros para cubrir sus gastos actuales y futuros⁷¹”.

67. La precitada sentencia se pronunció frente a una controversia probatoria similar a la que aluden las decisiones de instancias en el proceso en los siguientes términos: “[a]l respecto, la Sala Plena de esta Corporación no comparte los argumentos esgrimidos por el juez de instancia, en tanto, omitió analizar si, a la luz de las particulares circunstancias del accionante, el medio de defensa es eficaz e idóneo para resolver la situación jurídica planteada. En efecto, la idoneidad del medio no es una valoración solamente objetiva que analice el instrumento en abstracto, sino también subjetiva que responda a la pregunta de si ese medio es idóneo para esa persona”⁷².

68. Como se aclaró en aquella oportunidad, no se pretende desconocer el raciocinio de los jueces ordinarios frente a la preferencia de la jurisdicción ordinaria sino que se pretende centrar la discusión en la arista jurisprudencial relativa al análisis de las circunstancias particulares de los sujetos involucrados para la determinación de la idoneidad de los medios ordinarios.

69. En un escenario estándar, correspondería a la señora *Sonia* solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante la justicia ordinaria. Sin embargo, esta Sala advierte que, a pesar de que la tutelante haya sufrido molestias físicas durante más de veinte años y hubiese podido llevar una vida razonablemente normal -que le permitió trabajar durante mucho tiempo, incluso después de la fijación de la fecha de estructuración de su invalidez del 65.77%, -, las circunstancias han cambiado y han desmejorado. Así, el tipo de enfermedad que padece la actora, degenerativa y progresiva, implica que haya un avance en su deterioro, y en la actualidad vea afectada no solamente la salud de sus articulaciones, sino de otros

⁷¹ Corte Constitucional, sentencia T-111 de 2016.

⁷² Corte Constitucional, sentencia SU-588 de 2016.

órganos importantes. Así, quedó probado en el expediente que la accionante presenta afectaciones a su visión, ha padecido de dolores musculares intensos e incapacitantes –fibromialgia- y su tratamiento ha generado una merma en sus defensas que la ha dejado expuesta a infecciones constantes. El paso del tiempo es entonces importante en la patología que afronta la señora *Sonia*, pues cada día su sistema inmune trastornado atacará más órganos y causará un deterioro mayor. Es así como la situación de salud de la accionante ha llegado a un momento en el que su capacidad de trabajo que le quedaba ha desaparecido, al punto de que no ha podido salir de la incapacidad iniciada en mayo de 2019.

70. Así, la situación de la accionante ha alcanzado un nivel de deterioro avanzado del estado de salud y ha implicado que las capacidades para gozar de un nivel de bienestar adecuado se encuentren en entredicho. Por ello, se reconoce que la oportunidad en atención de la solicitud pensional tiene en este caso una especial relevancia. Así, someter a la actora a un proceso judicial más prolongado, como es el ordinario laboral, la expone a sufrir un deterioro adicional de su condición de salud y a afrontar aún más molestias y consecuencias de su enfermedad autoinmune antes de ver resuelta su situación pensional. En este sentido, a pesar de que existe en el ordenamiento una alternativa judicial para resolver sobre su solicitud pensional respaldada en el desarrollo de una capacidad laboral residual, lo cierto es que dicho mecanismo no se presenta como eficaz a la luz de la particular situación de la salud de la accionante, que requiere de la celeridad propia del juez de tutela para solventar su situación y prevenir una agravación de sus circunstancias que impliquen la lesión de sus derechos fundamentales.

71. Ahora bien, en este caso la tutelante está inscrita en las distintas instituciones que prestan los servicios relacionados a la seguridad social, lo cierto es que esto se debe a un esfuerzo de solidaridad en cabeza del empleador. Aunque dicho acto solidario es loable, no es permisible que el sistema dependa de este tipo de actuaciones por parte de los particulares, ni desobliga a las entidades de las responsabilidades legales y contractuales que asumen con sus usuarios. Mucho menos podría un respaldo de un particular privar a una persona de acceder efectivamente a sus derechos de pensión. Por lo anterior, no puede ser la actuación del particular empleador la única causa que lleve a la improcedencia de la tutela, menos cuando no hay certeza acerca de que la accionante esté devengando lo suficiente para cubrir su mínimo vital. Así, es importante notar que, en su participación procesal en sede de revisión, la accionante informó que seguía incapacitada y daba a entender que el pago de los emolumentos correspondientes – a cargo de la EPS- había cesado, al superarse los ciento ochenta días continuos desde su reconocimiento inicial. De otro lado, Protección -que debería asumir el pago de la incapacidad superado dicho periodo- nada manifestó acerca del pago de las incapacidades, lo que también hace suponer un riesgo para la realización del mínimo vital y sugiere la necesidad de que sea mediante la tutela que se dispense el amparo solicitado en esta oportunidad.

72. En suma, a pesar de la disponibilidad de mecanismos propios de la jurisdicción laboral para el debate de los hechos que fundamentan este recurso, las cargas procesales y plazos que implican los mismos resultan desproporcionados dada la discapacidad que sufre la señora *Sonia* y, especialmente, por el carácter progresivo y agresivo de su patología. Así, la dilación que puede implicar un proceso ordinario puede llevar al continuo desconocimiento de un eventual derecho pensional, una afectación de su mínimo vital y, por ende, la persistente vulneración de sus derechos fundamentales.

73. De conformidad con lo anterior, esta Sala de Revisión considera que para el caso en particular la acción de tutela es procedente y entra a resolver el problema jurídico que se expone a continuación, toda vez que no reconoce la eficacia de medio judicial principal, dadas las particularidades de este caso en concreto.

C. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

74. Superado el debate de la procedibilidad de la acción, le corresponde a esta Sala resolver el siguiente problema jurídico: ¿el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. violó el derecho a la seguridad social de la tutelante al negar el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, con base en el argumento de que para la fecha de estructuración de la invalidez determinada en el dictamen de pérdida de capacidad laboral, las cotizaciones realizadas en el sistema pensional resultaban insuficientes, sin tener en cuenta que la accionante realizó cotizaciones en exceso de las cincuenta semanas en desarrollo de una capacidad laboral residual y de manera posterior a la estructuración?

75. Para este propósito la Sala procederá a: (i) exponer el marco constitucional y legal que rige en materia de capacidad laboral residual; y (ii) reiterar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de pensión de invalidez para personas que padecen de enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas en relación con la capacidad laboral residual. Por último, (iii) se analizará la situación de la accionante para resolver el caso.

D. MARCO CONSTITUCIONAL Y LEGAL SOBRE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ PARA PERSONAS QUE SUFREN DE ENFERMEDADES CONGÉNITAS, CRÓNICAS Y/O DEGENERATIVAS Y LA CAPACIDAD LABORAL RESIDUAL

76. El derecho a la seguridad social, contenido en el artículo 48 CP, cuenta con un desarrollo legal que originalmente se dio a través de la Ley 100 de 1993. En sus artículos 38 y 39⁷³ (modificados por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003) esta ley se ocupó de regular la figura de la pensión de invalidez, que cubre a las personas que hayan sufrido una pérdida en su capacidad laboral superior al margen establecido por el artículo 9 de la Ley 776 de 2002⁷⁴, esto es, mayor al 50% de limitación. Es

⁷³ Artículo 38: Para los efectos del presente capítulo se considera *inválida* la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

Artículo 39: Tendrá derecho a la pensión de *invalidez* el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado *inválido* y acredite las siguientes condiciones:

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

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

Parágrafo 2. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

⁷⁴ Artículo 9: Para los efectos del Sistema General de Riesgos Profesionales, 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. En primera instancia, la calificación de los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral se hará por el equipo interdisciplinario establecido en el artículo 60. de la presente ley, dentro del mes siguiente a la fecha en que hubiere concluido el proceso de rehabilitación integral, de existir discrepancias se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez, quedando a cargo de la entidad de Seguridad Social correspondiente el pago de honorarios y demás gastos que se ocasionen. El costo del dictamen será a cargo de la Administradora de Riesgos Profesionales, pero el empleador o el trabajador podrán acudir directamente ante dichas juntas.

justamente de ese régimen legal de donde la jurisprudencia nacional ha extrapolado la figura de la capacidad laboral residual, como se expone a continuación:

77. Esta corporación se ha pronunciado sobre la capacidad laboral residual y la relación que tiene con las enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas. En pronunciamiento de 2011 se dispuso: “[c]uando 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. (...) En estos eventos, por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones empeoran con el tiempo, la persona puede continuar su vida laboral con relativa normalidad, hasta el momento en que por su condición de salud le es imposible continuar cotizando al Sistema” (subrayas fuera del texto original)⁷⁵.

78. En relación con el avance de las enfermedades aquí descritas, y la relación que guarda la capacidad laboral con la fecha de estructuración, indicó esta Corte: “[h]a entendido la Corporación que debido al carácter progresivo de las enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, es posible que se presenten casos en los cuales a pesar de fijarse en forma retroactiva la fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado sus capacidades funcionales y productivas, al punto de continuar con su vinculación laboral, realizando los correspondientes aportes al Sistema de Seguridad Social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. El hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar a que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que se había estructurado la invalidez según los dictámenes médicos, y durante el cual se contaba aún con las capacidades físicas para continuar trabajando y percibiendo ingresos”⁷⁶ (subrayas fuera del texto original).

79. Asimismo, en la sentencia T-408 de 2015 se señaló que: “en el caso de las enfermedades progresivas, la fecha de estructuración de la invalidez debe ser revisada con detenimiento, para que la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder al derecho pensional, correspondan a la realidad y se evite caer en el formalismo que frustre el derecho a la pensión”⁷⁷.

80. Ahora bien, frente a los requisitos de estructuración de pensión de invalidez en eventos de capacidad laboral residual ha indicado este tribunal: “[p]ara aplicar esta regla especial de contabilización de semanas cotizadas, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: (i) que el trabajador tenga una pérdida de capacidad laboral mayor al 50% como consecuencia de una enfermedad degenerativa, congénita o crónica; (ii) que luego de la fecha de estructuración, el afiliado haya conservado una capacidad laboral residual que le haya permitido seguir cotizando y completar las 50 semanas exigidas por la normatividad pertinente; y (iii) que no se evidencie un ánimo de defraudar al Sistema General de Seguridad Social”⁷⁸.

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencia T-163 de 2011.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-604 de 2014.

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia T-408 de 2015.

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia T-111 de 2016.

81. Se tiene entonces que la capacidad laboral residual es la posibilidad que tienen los individuos de ejercer actividades productivas para satisfacer sus necesidades, incluso padeciendo enfermedades que impacten su potencia laboral. Como es evidente, esta figura consiste en una protección a los individuos que, a pesar de la merma de su capacidad física, puedan seguir haciendo parte del mundo laboral, en un escenario de integración a pesar de la discapacidad.

82. De lo anterior se evidencia cómo esta Corte ha ido delimitando los eventos en los cuales aplica esta figura y las características propias de la capacidad laboral residual. Así las cosas, el precedente más pertinente en relación con la pensión de invalidez para personas con enfermedades degenerativas se estableció en la sentencia SU-588 de 2016. En aquella oportunidad, la Sala Plena de la Corte Constitucional estudió la negativa de Colpensiones a reconocer y pagar una pensión de invalidez por la ausencia de semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la discapacidad, pero evidencia del desarrollo de una capacidad laboral residual. Esta corporación estableció que dicha conducta desconocía el hecho de que, a pesar de la reducción en la capacidad laboral existente, la accionante pudo aportar al Sistema de Seguridad Pensional durante un periodo significativo de tiempo posterior a la consolidación de la discapacidad.

83. El fallo mencionado dispuso entonces que las administradoras de fondos de pensiones no se pueden negar a reconocer una pensión de invalidez a las personas que sufren de las enfermedades indicadas, tomando la fecha de la primera presentación del síntoma o la fecha del diagnóstico. Esto, pues desconoce la realidad de que, a pesar de la discapacidad que sufre una persona, esta puede lograr realizar una labor que le permita tanto la integración al mercado laboral, como cotizar al Sistema General de Seguridad Social. Este ejercicio de la capacidad laboral residual no puede ser desconocido ni usado como argumento para invalidar los pagos pensionales que haya realizado la persona afectada por enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, máxime cuando en el ordenamiento colombiano se propende por la inclusión laboral y la ampliación de las oportunidades productivas de las personas en situación de discapacidad⁷⁹. Estipuló además la Sala Plena que, solo en eventos en que la entidad logre demostrar una intención fraudulenta de parte del solicitante de la pensión, podrá desconocer las semanas cotizadas con posterioridad a la presentación de los síntomas o la fecha de diagnóstico.

84. Por último, aclaró la Corte: “[d]ebido a lo anterior, en estos casos, el común denominador es que las personas cuenten con un número importante de semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración que le fue fijada por la autoridad médico laboral. Es por eso que esta Corte ha establecido que, luego de determinar que la solicitud fue presentada por una persona con una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, a las Administradoras de Fondos de Pensiones, les corresponde verificar que los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez, (i) hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y (ii) que éstos no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social”⁸⁰.

85. Esta jurisprudencia se extendió en Sala de Revisión mediante sentencia de tutela que analizaba una serie de procesos acumulados donde personas que sufrían de

⁷⁹ Constitución Política, Art. 54: “[...]El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”.

⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-588 de 2015.

patologías congénitas, crónicas y/o degenerativas y pretendían acceder a pensiones en el sistema general de seguridad social. Estableció en aquella oportunidad la Sala de Revisión: “[c]onforme con la jurisprudencia reseñada en precedencia, los fondos de pensiones tanto en el régimen de ahorro individual con solidaridad como en el régimen de prima media con prestación definida, deben contabilizar los aportes que realizan las personas calificadas con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, con ocasión de una enfermedad de tipo congénita, crónica y/o degenerativa con posterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez, cuando éstos hayan sido cotizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual. En consecuencia, el momento desde el que se debe proceder a verificar el requisito de la Ley 860 de 2003 – 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración – puede ser (i) la fecha de la calificación de la invalidez, (ii) la fecha de la última cotización efectuada o (iii) la fecha de la solicitud del reconocimiento pensional, dependiendo las circunstancias particulares de cada caso en concreto”⁸¹ (subrayas fuera del texto original).

E. SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO. LA ENTIDAD ACCIONADA VULNERÓ EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA ACCIONANTE, PUES NO TUVO EN CUENTA LOS EFECTOS DE SU CAPACIDAD LABORAL RESIDUAL

86. Como quedó de presente, la Corte ha sido enfática en reconocer los derechos de las personas que han realizado aportes al sistema de pensiones después de la consolidación de la enfermedad, pero han seguido cotizando en desarrollo de una capacidad laboral residual. Es claro para esta Sala que la *artritis reumatoidea* es una enfermedad crónica y degenerativa. Además, la misma accionada reconoció que se cumplía con dicho requisito⁸², cuando afirmó: “*Se cumple el requisito: (de padecer una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa) pues analizada la historia clínica de la tutelante se tiene que la misma cuenta con diagnósticos de: ARTRITIS REUMATOIDE, DISFUNCION DE SISTEMA VISUAL, GASTRITIS CRÓNICA Y ANTEROLISTESIS CON CAMBIOS DEGENERATIVOS*”⁸³(**negrillas fuera del original**).

87. También se tiene por cierto que la evolución de dicho padecimiento permite que la persona conserve ciertas capacidades funcionales y pueda continuar, al menos de manera transitoria, prestando un servicio, incluso después de configurada su invalidez. También es claro que la fecha de consolidación de la discapacidad es anterior a las cotizaciones realizadas por la tutelante al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, realizada por el cumplimiento de sus funciones como empleada de *Construcciones S.A.S.*

88. Por ende, como se anticipó, corresponde determinar si el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. vulneró el derecho a la seguridad social de la accionante al negar el reconocimiento pensional. Si lo anterior resulta cierto, esta Sala determinara la fecha que debe tenerse en cuenta para el cálculo de la pensión solicitada, de acuerdo con las reglas de la sentencia T-452 de 2017, antes citada.

89. Para tal propósito la Sala debe empezar por aclarar que de los hechos y las pruebas que constan en el expediente, se tiene:

⁸¹ Corte Constitucional, sentencia T-452 de 2017.

⁸² Ver expediente digital 8.266.772, “2021-025 RESPUESTA AFP PROTECCION 1 (1).pdf”, folios 8 y 9.

⁸³ Corte Constitucional, sentencias T-579 de 2008, T-485 de 2014, T-232 de 2021, entre otras,

- (i) Que la señora *Sonia* padece de una enfermedad de carácter degenerativo y crónico que llevo a una calificación de pérdida de la capacidad laboral del 65.77%, con fecha de estructuración del 5 de diciembre de 2011;
- (ii) Que, con posterioridad a la estructuración, prestó sus labores en favor del empleador, desde octubre del 2015 hasta la fecha del diagnóstico que le comunicó sobre la pérdida de la capacidad laboral, es decir el 31 de marzo de 2020, periodo durante el que cotizó alrededor de 230 semanas; y
- (iii) Que actualmente se encuentra vinculada al Sistema de Seguridad Laboral y ha continuado prestando una serie de servicios al empleador, quien ha asumido su emolumento salarial y pagos prestacionales. Con base en los aportes realizados, se materializan los requisitos legales y jurisprudenciales para el reconocimiento de la pensión de invalidez, toda vez que cotizó durante al menos 230 semanas empleando su capacidad laboral residual.

90. En consecuencia, esta Sala concluye que Protección vulneró el derecho fundamental a la seguridad social de la accionante, pues no tuvo en cuenta los preceptos de la capacidad laboral residual que cobijan su estado. Así, a la luz de las reglas de la sentencia SU-588 de 2016, queda claro que los aportes realizados se pagaron en vigencia de la capacidad laboral residual del demandante. También es claro que no hubo intención fraudulenta, pues **la actora no conocía de su situación de discapacidad mayor al 50% sino hasta marzo del 2020 –fecha en que se realizó el dictamen-, y que el empleador manifestó haber realizado todas las cotizaciones posteriores en el marco de una relación laboral vigente desde el año 2015.**

91. Protección basó su negativa alegando que las cotizaciones realizadas por la señora *Sonia* pretendían defraudar el sistema pensional. Sin embargo, no parece ofrecer ningún tipo de prueba, siquiera sumaria, de la intención lesiva de la accionante y se reduce a decir que ha estado incapacitada durante distintos periodos de tiempo, por lo que en su criterio no hay una prestación efectiva del servicio. Sin embargo, esta Sala de Revisión pudo verificar, a través de las pruebas recolectadas y de los escritos allegados por la accionante y su empleador, que la señora *Sonia* si ha continuado desarrollando tareas de índole laboral y en efecto ha permanecido cotizando al sistema pensional.

92. Por lo anterior, no considera esta Sala que se haya acreditado un supuesto ánimo defraudatorio, y menos aún que esta haya sido la *única*⁸⁴ intención de la accionante para permanecer laborando, máxime cuando se tiene en cuenta que el número de semanas cotizadas es muy superior al mínimo requerido (230 sobre 50).

93. Mal haría esta Sala en no reiterar a los distintos fondos pensionales que desconocer que la pérdida laboral que causan las enfermedades como la que se discute es de carácter paulatino, lo que implica que la persona puede conservar ciertas aptitudes laborales que permitan cotizar a la Seguridad Social e integrarse al

⁸⁴ En los términos de la sentencia SU-588 de 2016: *“Respecto de la capacidad laboral residual, esta Corte ha indicado que se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad. En consideración de este elemento, a la Administradora de Fondos de Pensiones le corresponde comprobar que el beneficiario trabajó y, producto de ello, aportó al Sistema durante el tiempo que su condición se lo permitió o que consideró prudente (en el caso de las enfermedades únicamente congénitas). De la misma manera, tendrá que corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las 50 semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de cotizaciones que resulten de una actividad laboral efectivamente ejercida.”*

mercado laboral. Por ende, la Sala recuerda que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral debe identificarse no necesariamente con la fecha consignada en el dictamen, sino aquella en la que efectivamente un trabajador pierde de manera definitiva la capacidad de realizar sus labores. Así las cosas, si se toma como fecha el diagnóstico de la enfermedad -el 31 de marzo de 2020- y no la estructuración de la misma -el 5 de diciembre de 2011- se tiene que claramente la accionante cumple con el requisito de acreditar al menos cincuenta semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración contenido en la Ley 100 de 1993⁸⁵.

94. Por lo expuesto, la Sala tutelaré el derecho fundamental solicitado y revocará las decisiones de instancia, ordenando en su lugar al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que en un término no superior a quince días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, inicie los trámites de reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por *Sonia*, tomando como fecha de cálculo, no la de estructuración de la incapacidad, sino la fecha en que esta fue calificada, esto es el 31 de marzo de 2020 –fecha del dictamen de pérdida de la capacidad laboral-.

F. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

95. Le correspondió a la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional analizar un caso de una persona que padece de distintas patologías degenerativas y crónicas, que fue calificada con una pérdida de capacidad del 65.77%, con una fecha de estructuración previa a sus cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social. En este caso el fondo de pensiones al que pertenecía negó su solicitud pensional bajo el argumento de que no cumplía con los requisitos de la Ley 860 de 2003, por no haber acreditado la cotización de 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de la enfermedad. A pesar de lo anterior, la accionante cotizó alrededor de 230 semanas luego de la fecha de estructuración, en el marco de una relación laboral vigente desde el año 2015.

96. Tras realizar un estudio sobre la procedencia de la tutela, la Sala se decantó por reconocer la procedencia de la tutela para el caso concreto, teniendo en cuenta la falta de eficacia de los mecanismos judiciales propios de la jurisdicción ordinaria laboral dadas las circunstancias particulares de la accionante. Así, se resaltó que la accionante había llegado a un nivel de deterioro grave de su estado de salud que ya no le permitían desarrollar sus funciones como trabajadora, y que el paso del tiempo podría suponer una progresión en la severidad e impacto a la salud de la accionante, por el carácter progresivo de su enfermedad y el avance que la patología había tenido recientemente. En efecto, las enfermedades autoinmunes que padece la accionante amenazaban con progresar a afectar otros órganos, agravar el deterioro de los ya comprometidos e impactar de manera aún más decisiva su calidad de vida. Asimismo, se evidenció una potencial afectación del mínimo vital de la solicitante, al haberse superado los 180 días de incapacidad costada por la EPS a que se encontraba afiliada y estar en entredicho la continuidad en el pago luego de agotado dicho periodo.

97. Acto seguido, se realizó una reiteración jurisprudencial sobre la figura de la capacidad laboral residual y el precedente relacionado con las pensiones de invalidez en los casos de enfermedades congénitas, degenerativas y crónicas. Frente a las mismas recordó que no siempre se debe tomar en cuenta la fecha de estructuración

⁸⁵ Situación (i) de las alternativas indicadas en la sentencia T-452 de 2017: “(i) la fecha de la calificación de la invalidez”.

consignada en el dictamen, sino que se debe atender el momento en el que, efectivamente, el trabajador haya perdido la capacidad de desempeñar sus labores, cuandoquiera esté afectado por dichas patologías. Así, es necesario distinguir entre la fecha de aparición de los síntomas que impliquen discapacidad, del momento en que ellos suponen la imposibilidad de trabajar. En este escenario se reiteró la regla de decisión de las sentencias SU-588 de 2016 y T-452 de 2017.

98. En el caso concreto se confirmó que la accionante desarrolló una capacidad laboral residual que le permitió ejercer un empleo de manera posterior a la estructuración de la invalidez. Dicha relación laboral tuvo como consecuencia la cotización de 230 semanas al sistema y evidenció la ausencia de fraude, especialmente porque se verificó la prestación personal del servicio y la vigencia de la relación de subordinación desde el 2015, circunstancias que facultaban a la accionante para acceder al derecho pensional. En vista del cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales en el caso concreto, se determinó la titularidad del derecho y la necesidad de ampararlo.

99. En consecuencia, la Sala tutelar el derecho fundamental solicitado y revocará las decisiones de instancia, ordenando en su lugar al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que en un término no superior a quince días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, inicie los trámites de reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por *Sonia*, tomando como fecha de cálculo, no la de estructuración de la incapacidad, sino la fecha en que esta fue calificada, esto es el 31 de marzo de 2020 –fecha del dictamen de pérdida de la capacidad laboral-.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada mediante el auto del 26 de enero de 2022.

Segundo. - REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado 24 Penal del Circuito de Conocimiento, del 5 de abril de 2021, que confirmó la sentencia del Juzgado 4 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá del 16 de febrero de 2021, que declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por *Sonia* contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; y en su lugar, **TUTELAR** el derecho a la seguridad social invocado por la señora *Sonia*.

Tercero. - ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que en un término no superior a los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de la presente providencia, realice el trámite de reconocimiento pensional tomando como fecha de cálculo el momento expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada
Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA
PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA**

Referencia: Sentencia T-177 de 2023

Magistrado ponente: Alejandro Linares Cantillo

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Quinta de Revisión, suscribo el presente salvamento parcial de voto en relación con la sentencia de la referencia. Comparto que la solicitud de amparo satisface los requisitos generales de procedencia. Asimismo, coincido con que, en el caso *sub examine*, la Corte debía amparar los derechos fundamentales alegados como vulnerados. Sin embargo, considero que dicho amparo debió ser transitorio. Esto, por dos razones.

Primero, solo el procedimiento judicial ordinario cuenta con una instancia probatoria suficiente para determinar si, en el caso concreto, la accionante cumple los requisitos previstos por la ley y la jurisprudencia para acceder a la alegada pensión de invalidez. En mi criterio, a partir de las pruebas que obran en el expediente de la referencia, no existe evidencia concluyente, al menos *prima facie*, acerca de si los aportes al sistema general de seguridad social en salud fueron pagados con ocasión de un efectivo y probado ejercicio de la capacidad laboral residual de la accionante. Segundo, la ausencia de información sobre la red de apoyo, ingresos adicionales y la composición familiar de la accionante implica que no obra evidencia suficiente para que el amparo proceda como mecanismo definitivo. Es más, advierto que estas deficiencias probatorias pudieron haber sido subsanadas en el marco de un proceso ordinario laboral.

En ese orden de ideas y advertidas las circunstancias de vulnerabilidad de la actora y el cumplimiento de los requisitos formales, comparto la protección de los derechos fundamentales invocados en sede de tutela. No obstante, haber concedido el amparo de forma definitiva impidió resolver los asuntos planteados y, de esta manera, determinar con el nivel de certeza adecuado sobre la existencia de los elementos fácticos necesarios para concluir la procedencia de la prestación económica.

Fecha ut supra,

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada