



Sentencia T-484/19

Referencia: Expediente T-7.313.299

Acción de tutela instaurada por Enira Yecenia Fernández Zárate contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.¹

Magistrado ponente:
JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de octubre de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Carlos Bernal Pulido y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, 33 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Décimo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C.² y el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de la misma ciudad³, en primera y segunda instancia, respectivamente, al interior de la acción de tutela presentada por Enira Yecenia Fernández Zárate contra la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. -en adelante Protección S.A.-

¹ Fueron vinculados al proceso de la referencia la Entidad Promotora de Salud Aliansalud EPS, la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y la Compañía de Seguros Bolívar S.A.

² 11 de enero de 2019.

³ 26 de febrero de 2019.

I. ANTECEDENTES

La señora Enira Yecenia Fernández Zárate, quien actúa a través de apoderada judicial⁴, promovió acción de tutela contra Protección S.A., al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida, a la seguridad social, a la dignidad humana y a la igualdad, ante la decisión adoptada por esa entidad de negar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Como sustento de su solicitud, relacionó los siguientes,

Hechos

1. La señora Enira Yecenia Fernández Zárate inició su vida laboral el 22 de mayo de 1995. En esa fecha se afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A., en calidad de cotizante dependiente.

2. Relató que actualmente cuenta con 47 años de edad. En 1996 fue diagnosticada con “*retinosis pigmentaria, con deterioro de la agudeza visual, con glaucoma y cataratas*”. Afecciones que le impidieron desempeñar sus labores en el trabajo, razón por la cual renunció. Paralelamente, añadió que su estado de salud ha desmejorado con el transcurrir del tiempo y que, en la actualidad, es una persona ciega.

3. La demandante aseveró que en el año 2010 retomó su actividad laboral como independiente y se afilió al sistema de seguridad social integral, cotizando para pensión en el fondo accionado de manera ininterrumpida hasta la fecha.

4. Informó que Aliansalud E.P.S., mediante concepto de 24 de junio de 2013, dictaminó que presentaba un diagnóstico de rehabilitación no favorable debido a la enfermedad visual que padece. El 21 de noviembre de ese año solicitó a Protección S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Indicó que el fondo de pensiones, con el fin de resolver lo petitionado, la remitió ante la Comisión Médico Laboral de la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A. -SURA-, entidad que mediante dictamen de 14 de agosto de 2014 fijó una pérdida de capacidad laboral equivalente a 74.80%, de origen común y con fecha de estructuración del 22 de febrero de 1996.

5. Refirió que el 22 de diciembre de 2015 acudió a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca para que fuera valorada de nuevo. Agregó que esa entidad confirmó el porcentaje de su pérdida de capacidad laboral, el 14 de enero de 2016.

6. Manifestó que el 26 de mayo de 2016 Protección S.A. negó la pensión bajo el argumento de no acreditar los requisitos legales para tal fin. Lo anterior, porque al momento en que se estructuró la invalidez no era cotizante y sólo contaba con 25 semanas cotizadas de las 26 necesarias.

⁴ Poder visible a folios 1 y 2 del cuaderno de instancia.

7. Además, mencionó que el 6 de junio de 2018 radicó petición ante el fondo de pensiones con el fin de que fuera corregida su historial laboral pues, a su juicio, existía un error debido a una doble cotización de un mismo mes, proveniente de entidades distintas. Teniendo en cuenta que la solicitud no fue contestada, promovió acción de tutela para obtener la protección del derecho fundamental de petición⁵. Sostuvo que pese a que el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá negó el amparo, Protección S.A., mediante oficio de 19 de septiembre de 2018, resolvió el requerimiento. En su respuesta negó lo pretendido porque *“el aporte acreditado se dio por pago realizado por el empleador y por una devolución realizada por Colpensiones por el proceso de rezagos el cual fue devuelto”*.⁶

8. Aseguró que la acción de tutela es el mecanismo transitorio idóneo para obtener el reconocimiento de prestaciones de carácter pensional, toda vez que es una persona de especial protección constitucional al tener una disminución de la capacidad laboral equivalente a 74.80%. Agregó que a pesar de su discapacidad continuó cotizando al sistema con la intención de aumentar el número de semanas y así obtener el tiempo necesario para pensionarse.

9. Finalmente, aclaró que las cotizaciones que realiza son producto de la ayuda económica que recibe de un familiar, pues no tiene hijos o un cónyuge que pueda auxiliarla ni cuenta con recursos económicos para promover un proceso ordinario laboral porque, si bien trabaja como independiente “vendiendo dulces”, con los ingresos que percibe de dicha actividad tan solo cubre sus necesidades básicas.

Trámite procesal

10. Mediante auto de 10 de diciembre de 2018 el Juzgado Décimo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C. admitió la acción de tutela, corrió traslado a la entidad accionada para que ejerciera su derecho de defensa y contradicción y vinculó a la Entidad Promotora de Salud Aliansalud EPS, a la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca y a la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-. Posteriormente, mediante proveído de 14 de diciembre del mismo año ordenó la vinculación de la Compañía de Seguros Bolívar S.A.

Contestación de la tutela

⁵ La acción de tutela fue negada por el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, tras considerar que Protección S.A. sí había contestado de fondo la petición de 6 de junio de 2018.

⁶ En relación con este aspecto cabe precisar que en el expediente obra copia de la respuesta que Protección S.A. le dio a la accionante (fl. 44 Cdo. 1). Dicho oficio tiene como día de elaboración el 30 de julio de 2018; sin embargo, el documento no registra anotación alguna en la que conste la fecha en que efectivamente se entregó a la destinataria. De igual modo, en la respuesta a la acción de tutela de la referencia, Protección S.A. manifestó i) que el 20 de julio de 2018 resolvió de fondo la solicitud de corrección de la historia laboral y que ese mismo día envió la respuesta al correo electrónico de la accionante. No obstante, no acompañó copia del registro digital de la fecha de remisión del documento; y ii) que la respuesta a la petición le fue reiterada *“a la afiliada el 19 de septiembre de 2018, tal como lo manifiesta [la] accionante en el escrito de tutela”* (fl. 72 Cdo. 1).

Respuesta de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá

11. En escrito radicado el 12 de diciembre de 2018, el secretario principal de la Sala de Decisión No. 2 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca solicitó la desvinculación del presente trámite en razón a que no ha vulnerado los derechos fundamentales deprecados por la actora y, por el contrario, respetó en estricto sentido el debido proceso de la misma. Además, el recurso de amparo va dirigido al reconocimiento de una pensión de invalidez, circunstancia que le es ajena, ya que su competencia radica en efectuar la calificación de pérdida de capacidad laboral, la determinación del origen de la enfermedad (común o laboral) y de la fecha de estructuración de la invalidez.

Seguidamente, informó que mediante dictamen No. 65757984 del 14 de enero de 2016 fijó en un 74.80% la pérdida de capacidad laboral de la accionante, por enfermedad de origen común y fecha de estructuración el 22 de febrero de 1996. Aludió que contra la mencionada calificación no fueron interpuestos los recursos establecidos en la ley, por lo que de acuerdo con lo previsto en el Decreto 1072 de 2015⁷ esa decisión se encuentra en firme.

Respuesta de la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A.

12. La entidad referenciada solicitó la desvinculación de la acción de tutela o, en su defecto, que la demanda sea declarada improcedente porque la accionante edificó sus pretensiones en el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, trámite que no es de su competencia.

Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

13. El representante legal de Protección S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la acción de tutela, tras considerar que no vulneró derecho fundamental alguno y, además, porque la actora cuenta con la vía ordinaria laboral para controvertir la decisión que fue contraria a sus intereses. De manera subsidiaria solicitó, de un lado, que en caso de que prospere el amparo el mismo sea otorgado como mecanismo transitorio conforme a lo previsto en el artículo 8° del Decreto 2591 de 1991. De otro, que se vinculara a la Compañía de Seguros Bolívar S.A., porque para la época en que fue fijada la estructuración de la invalidez de la peticionaria (1996), tenía contratado el seguro previsional y, en tal sentido, en caso de ser condenada al reconocimiento y pago de la acreencia pensional, le asiste la obligación de financiar la suma adicional o porcentaje correspondiente.

Informó que la señora Fernández Zárate se encuentra afiliada a Protección S.A. desde el 22 de mayo de 1995. Agregó que la capacidad laboral de la actora fue calificada por la Comisión Médico Laboral de la Compañía de Seguros de Vida Suramericana S.A. -con quien tiene contratado el seguro previsional-. Dicha

⁷ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo.

entidad le asignó un 74.80% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración de 22 de febrero de 1996. Indicó que esa decisión fue confirmada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

Aseveró que una vez analizados los requisitos establecidos en los artículos 38 y 39 de la ley 100 de 1993 concluyó que la peticionaria no cumplió con las 26 semanas de cotización exigidas para acceder a la pensión de invalidez, pues en el año anterior a la fecha de estructuración sólo contaba con 25. En consecuencia, el 26 de mayo de 2016 le comunicó la improcedencia de la prestación deprecada y, a su vez, le informó del reconocimiento de la devolución de saldos por valor de \$7.751.660.

De otro lado, precisó que el 6 de junio de 2018 la accionante solicitó la corrección de su historia laboral porque, en su criterio, *“en el mes de mayo de 1995 se evidencian dos aportes realizados por entidades diferentes”*. Explicó que el 30 de julio de 2018 resolvió de fondo la solicitud, indicándole que una vez realizadas las validaciones correspondientes *“el aporte se encuentra acreditado por pago realizado por el empleador y por una devolución realizada por Colpensiones por el proceso de rezagos el cual fue devuelto con su número de identificación, es de aclarar que Santander se fusionó con ING y posteriormente ambas con hoy Protección S.A.”*⁸. Indicó que lo antes expuesto fue reiterado a la afiliada el 19 de septiembre de 2018, tal y como lo manifiesta en el escrito de tutela.

Seguidamente, argumentó que las dudas que presentó la actora en la petición referenciada fueron objeto de tutela, la cual fue tramitada y decidida por el Juzgado Cuarenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá D.C., autoridad judicial que mediante fallo de 19 de septiembre de 2018 negó las pretensiones.

Finalmente, afirmó que el reclamo constitucional no cumple con los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad. Ello por cuanto la accionante interpuso la acción de tutela dos años y siete meses después de la situación que dio origen a la transgresión alegada, tiempo suficiente para acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar su derecho pensional.

Compañía de Seguros Bolívar S.A.

14. La aseguradora mencionada se opuso a las pretensiones de la acción de tutela y solicitó negarla o declararla improcedente. Señaló que la demanda no cumple con el requisito de subsidiariedad porque la accionante tiene a su alcance otro mecanismo de defensa judicial. En tal virtud, consideró que no ha vulnerado los

⁸ Sobre el particular, precisó que los aportes que reposan en la historia laboral de la actora de mayo de 1995 son dobles y no pueden ser computados por 46 días, pues corresponden al mismo mes laborado, es decir, *“un pago fue realizado a ING, fondo al cual cotizaba en su momento la afiliada, y el otro al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, pero ambos corresponden a 23 días del mes de mayo de 1995, donde la entidad empleadora ‘Pensiones y Cesantías Santander’ (fusionada con ING, y luego esta con Protección S.A.) cotizó por error en ambas administradoras (ING y el Instituto de Seguros Sociales)”*.

derechos fundamentales reclamados por la actora, máxime si no se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable.

Refirió que la señora Fernández Zárate no cumplió con el requisito previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 referido a la densidad de semanas que se deben acreditar para acceder a la prestación pensional. Lo anterior por cuanto es necesario tener un mínimo de 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez. Puntualizó que la actora no tiene derecho a la prestación reclamada porque entre el 22 de febrero de 1995 y el 22 de febrero de 1996 sólo cotizó 25 semanas.

Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

15. La directora de asuntos constitucionales de la entidad contestó de manera extemporánea la acción de tutela y solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva. Encontró que de acuerdo con los artículos 1° y 3° del Decreto 2011 de 2012, Colpensiones sólo puede asumir asuntos relativos a la administración del régimen de prima media con prestación definida. En ese sentido, la pensión de invalidez solicitada no es de su competencia ya que la peticionaria se encuentra afiliada al fondo privado Protección S.A.

Sentencias objeto de revisión constitucional

16. *Primera instancia.* El Juzgado Décimo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., mediante sentencia de 11 de enero de 2019 negó el amparo reclamado. Como fundamento de la decisión, advirtió que se inobservaba el presupuesto de subsidiariedad ya que el conflicto suscitado entre las partes se deriva del reconocimiento de una pensión de invalidez, asunto que debe ser resuelto por la jurisdicción ordinaria laboral.

Seguidamente, consideró que la acción de tutela tampoco cumple con la exigencia de la inmediatez, toda vez que se interpuso transcurridos más de dos años desde la presunta vulneración de los derechos conculcados, circunstancia que desvirtúa la afectación del mínimo vital. Además, señaló que en ese periodo de tiempo la accionante pudo adelantar el proceso respectivo en la jurisdicción ordinaria.

Finalmente, el *a quo* precisó que Protección S.A. negó el reconocimiento pensional porque la accionante no cumplió con los requisitos establecidos en la ley. Advirtió que la señora Fernández Zárate, en todo caso, no demostró la existencia de un perjuicio irremediable que hiciera procedente el recurso de amparo como mecanismo transitorio.

17. *Impugnación.* Dentro de la oportunidad legal prevista, la apoderada judicial de la señora Enira Yecenia Fernández Zárate impugnó la sentencia de primera instancia, conforme a los siguientes argumentos:

Aseveró que la acción de tutela fue interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable, dada la vulnerabilidad en la que se encuentra por razón de su discapacidad.

En relación con la existencia de otro mecanismo de defensa judicial aclaró que *“no desconoce que es de pleno y obligatorio cumplimiento acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral, no obstante, solicitamos se conceda este amparo de manera transitoria, pues la accionante al no percibir ingresos y aumentar cada día el porcentaje de PCL es oportuno y totalmente procedente hacer uso de este mecanismo constitucional”*.

Así mismo, sostuvo que la tutela sí cumplía la exigencia de la inmediatez. Ello por cuanto si bien transcurrieron más de dos años entre la situación que originó la vulneración reclamada y la presentación del recurso de amparo, su estado de indefensión no le permitió ejercer ningún mecanismo de forma inmediata, pues es una persona en condición de discapacidad visual⁹.

Por último, consideró que si bien es cierto no tiene las 26 semanas anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, también lo es que con posterioridad cotizó muchas más al sistema, por lo que a su juicio tiene derecho a la pensión reclamada. En ese sentido, precisó que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional la fecha de estructuración no debe valorarse de manera independiente, *“sino que por el contrario, esta debe estar ligada a los acontecimientos y acciones que ha llevado a cabo el trabajador, además debe verse esta fecha de estructuración de manera material, teniendo en cuenta que así la fecha de estructuración data desde el momento en que ocurrió el siniestro, realmente debería empezar a contar desde el momento en el cual la persona no puede suplir sus necesidades básicas”*.¹⁰

18. *Segunda instancia.* Mediante fallo de 26 de febrero de 2019 el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., confirmó la decisión adoptada por el *a quo*. Para ello, sostuvo que la actora no acreditó la existencia de un perjuicio irremediable para requerir la atención impostergable del juez constitucional y dar paso a la viabilidad de la acción de tutela como mecanismo transitorio. Lo anterior, porque no encontró *“acreditada una situación de debilidad manifiesta que le impida a la tutelante acudir al escenario procesal adecuado para dilucidar la controversia planteada, que no es otra cosa que el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez”*.

Por otra parte, consideró que no se cumplen las reglas de procedibilidad de la acción de tutela, esto es, el principio de la inmediatez, porque la acción

⁹ También agregó que durante esos dos años desplegó una serie de actuaciones tendientes a obtener la prestación pensional. Particularmente la actora indicó que el 6 de junio de 2018 solicitó al fondo de pensiones la aclaración de su historia laboral al existir un posible error referido a una doble cotización en un mismo mes proveniente de dos entidades distintas. Apuntó que como consecuencia de un fallo de tutela el fondo de pensiones mediante oficio de 19 de septiembre de 2018 respondió el requerimiento *“argumentándose la existencia de un pago realizado por el empleador y una devolución realizada por Colpensiones por el proceso de rezagos el cual fue devuelto”*.

¹⁰ Al respecto mencionó la sentencia T-063 de 2018.

constitucional se instauró transcurridos más de cuatro años desde el dictamen de la pérdida de capacidad laboral (14 de agosto de 2014).

Pruebas que obran en el expediente

19. En el expediente se encuentran relacionadas como pruebas las copias de los siguientes documentos:

i) Cédula de ciudadanía de la señora Enira Yecenia Fernández Zárate donde consta que nació el 29 de febrero de 1972¹¹.

ii) Certificación de 26 de marzo de 2018 expedida por Protección S.A., según la cual la actora se encuentra afiliada en dicha entidad desde el 22 de mayo de 1995.

iii) Historia laboral (parcial) de la accionante, donde se observa que cotizó de forma ininterrumpida al sistema de pensiones, entre los meses de abril de 2013 y febrero de 2018¹². No constan los periodos aportados antes de estas fechas.

iv) Concepto médico de 21 de junio de 2013 emitido por la EPS Aliansalud mediante el cual señaló que debido a las patologías de *retinosis pigmentaria, cataratas subcapsulares AO, astigmatismo e hipertensión arterial*, la actora presenta un pronóstico de rehabilitación no favorable¹³.

v) Formulario de dictamen para calificación de pérdida de capacidad laboral y determinación de la invalidez elaborado el 26 de agosto de 2014 por la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A -SURA-, en el que consta que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la accionante es de 74.80%, de origen común, como consecuencia de los diagnósticos de: a) alteración de campos visuales; b) ceguera legal; c) hipertensión arterial; d) hipotiroidismo; e) escoliosis; y f) artrosis de rodilla, con fecha de estructuración 22 de febrero de 1996¹⁴.

vi) Dictamen de 14 de enero de 2016, expedido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, por medio del cual confirmó la valoración efectuada por SURA, en el sentido de ratificar en un 74.80% la pérdida de capacidad laboral de la accionante, cuya fecha de estructuración fue el 22 de febrero de 1996¹⁵.

vii) Oficio de 26 de mayo de 2016, por medio del cual Protección S.A. negó la pensión de invalidez solicitada por la accionante el 21 de noviembre de 2013 e informó sobre la devolución de saldos. En esa respuesta la entidad adujo que la peticionaria no tenía derecho a la prestación ya que al momento de estructurarse la invalidez no era cotizante, además porque “*presenta un total de 355,57*

¹¹ Cuaderno de instancia, folio 15.

¹² Cuaderno de instancia, folios 17 y 18.

¹³ Cuaderno de instancia, folios 19 y 20.

¹⁴ Cuaderno de instancia, folios 24 a 27.

¹⁵ Cuaderno de instancia, folios 29 a 36.

semanas de las cuales 346,71 fueron cotizadas a Protección y en el último año cuenta con 25,34 semanas cotizadas”¹⁶.

viii) Fallo de tutela proferido por el Juzgado 49 Civil Municipal de Bogotá el 19 de septiembre de 2018¹⁷.

Actuaciones en sede de revisión

20. De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto Ley 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cuatro de la Corte Constitucional¹⁸, mediante auto de 30 de abril de 2019 escogió para efectos de su revisión la acción de tutela de la referencia¹⁹.

21. Durante el trámite adelantado en esta sede, el Magistrado Sustanciador consideró necesario recaudar pruebas adicionales que permitieran contar con mayores elementos de juicio para adoptar la decisión de fondo. En ese sentido, en auto de 11 de julio de 2019, le solicitó a la señora Enira Yecenia Fernández Zárate que ampliara la versión de los hechos del escrito de tutela. Concretamente, que precisara lo relacionado con su actividad laboral desde el año 1996 hasta la fecha. Luego se le preguntó si las cotizaciones que efectuó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones fueron producto del despliegue material, efectivo y personal de su fuerza de trabajo o si, por el contrario, se realizaron con dineros que no tienen origen en una actividad laboral y, finalmente, que informara acerca de su condición socioeconómica y la de su núcleo familiar.

Del mismo modo, se le ordenó a Protección S.A. que suministrara la copia íntegra de la historia laboral de la señora Enira Yecenia Fernández Zárate²⁰.

¹⁶ Cuaderno de instancia, folios 22 y 23. Acerca de la devolución de saldos, Protección S.A., sostuvo que “*de conformidad con el artículo 72 de la Ley 100 de 1993, se le reconoce el derecho a la devolución del 100% de los dineros acreditados en la cuenta individual, por valor de \$7.751.660 al mes de mayo de 2016. El valor de esta devolución podrá variar de acuerdo a la rentabilidad que tenga el fondo entre la fecha de esta comunicación y el momento del pago*”.

¹⁷ Cuaderno de instancia, folios 45 a 49.

¹⁸ Integrada por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger y el Magistrado Alberto Rojas Ríos.

¹⁹ Los criterios para la selección del presente asunto, fueron: i) objetivo, desconocimiento del precedente constitucional y ii) subjetivo, urgencia de proteger un derecho fundamental.

²⁰ La orden se profirió de la siguiente manera: “**PRIMERO: ORDENAR** a la señora Enira Yecenia Fernández Zárate que, en el término de dos (02) días siguientes a la comunicación del presente auto, informe qué actividades laborales ha desempeñado desde el año 1996 hasta la fecha. En particular, deberá detallar: (i) el periodo de vinculación o de ejercicio de la actividad laboral para cada año; (ii) bajo qué modalidad estuvo vinculada al servicio (dependiente o independiente); (iii) el nombre o razón social del empleador y la dirección del lugar en que prestó sus servicios; (iv) las funciones realizadas; y (v) los periodos en los que realizó aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Así mismo, (vi) en relación con este último aspecto deberá indicar si las cotizaciones que efectuó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones fueron producto del despliegue material, efectivo y personal de su fuerza de trabajo o si, por el contrario, se realizaron con dineros que no tienen origen en una actividad laboral materialmente desempeñada por la demandante. En caso de que se presenten ambas circunstancias, deberá puntualizar: a) qué periodos fueron cotizados como resultado de su actividad laboral y b) cuáles se aportaron con recursos que no tienen su fuente en la prestación efectiva de un trabajo por parte de la solicitante. En particular, c) deberá aclarar a qué periodos de cotización se refiere en concreto cuando afirma, en el escrito de demanda, que existen aportes que son producto de la ayuda económica de un familiar.

Finalmente, (vii) deberá informar sobre sus ingresos y gastos mensuales, la situación socioeconómica actual de su núcleo familiar y si recibe ayuda económica de su familia o de terceros.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que, en el término de dos (02) días siguientes a la comunicación del presente auto, suministre copia íntegra de la historia laboral de la señora Enira Yecenia Fernández Zárate, identificada con cédula de ciudadanía número 65757984.

Respuestas y pruebas allegadas en sede de revisión

22. La señora Enira Yecenia Fernández Zárate, a través de su apoderada judicial, mediante escrito de 16 de julio de 2019 dio respuesta a los interrogantes realizados por el Magistrado sustanciador²¹. En primer lugar, informó que trabajó como asesora comercial en el Fondo de Pensiones y Cesantías Davivir S.A. de Ibagué, Tolima, entre mayo y noviembre de 1995, para un total de 174 días. Agregó que desde diciembre de 1995 a mayo del 1997 no tuvo vinculación laboral alguna.

Paralelamente, señaló que se vinculó como asesora comercial en la Sociedad Consultora de Recursos Humanos Nexos Ltda entre los meses de junio y julio de 1997, para un total de 27 días. Aclaró que si bien celebró el contrato con la mencionada sociedad, desempeño sus funciones en el “*Periódico Tolima 7 días*”. De este modo, aseveró que su vinculación laboral como dependiente fue de 6 meses y 21 días.

Puntualizó que las funciones desempeñadas en las empresas Davivir S.A. y Consultora de Recursos Humanos Nexos Ltda, consistían básicamente en lograr la suscripción o afiliación de clientes.

En segundo lugar, precisó que desde agosto de 1997 al mes de abril de 2010 no tuvo vinculación laboral alguna.

En tercer lugar, indicó que a partir del mes de mayo de 2010 hasta mayo de 2019 realizó aportes al sistema de pensiones de manera ininterrumpida en calidad de trabajadora independiente, acumulando un total de semanas cotizadas de 495.86.

De otro lado, la actora afirmó que debido a su patología era muy difícil acceder al mercado laboral, razón por la cual empezó a desarrollar actividades informales como vendedora de catálogo de suplementos alimenticios y productos para el aseo personal y del hogar, entre otros; además, como vendedora de dulces, puesto ambulante que generalmente era ubicado cerca de la vivienda de su hermana en la ciudad de Bogotá.

Paralelamente, añadió que su hermana Esmeralda Darlin Fernández Zárate desde el mes de mayo de 2010 le brinda ayuda económica, haciéndole entrega de \$300.000 “*para realizar los aportes y parte de gastos básicos*”.

De igual forma, destacó que desde mayo de 2010 los aportes al Sistema General de Seguridad Social los efectúa con dineros que no tienen origen en una actividad

TERCERO: DISPONER que una vez se alleguen las anteriores pruebas, la Secretaría General de la Corte las dejará a disposición de las partes y de los terceros con interés legítimo, por el término de dos (02) días hábiles, para que puedan emitir pronunciamiento en caso de estimarlo necesario y se garantice el derecho de contradicción”.

²¹ Fueron anexados como soporte las copias de los siguientes documentos: Historia laboral parcial de la accionante, historia clínica de la señora Enira Yecenia Fernández Zárate, cédula de ciudadanía de la señora Esmeralda Darlin Fernández Zárate y recibos del servicio público de agua y alcantarillado de Bogotá.

laboral materialmente desempeñada, ya que recibe ayuda económica de su hermana “*más los ingresos que obtiene por las ventas de catálogo*”.

Por último, informó que *i)* vive con una amiga en el barrio las Cruces de la ciudad Bogotá y que tiene a cargo el pago de los servicios públicos de energía y agua; *ii)* sus ingresos mensuales ascienden a \$420.000 (\$300.000 que son producto de la ayuda que le brinda su hermana y \$120.000 como resultado de las ventas de catálogo); y *iii)* los gastos mensuales son de aproximadamente \$527.000²².

23. La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., guardó silencio.

24. Teniendo en cuenta que la entidad accionada no dio respuesta a lo solicitado por el Magistrado Sustanciador, la Sala por medio de auto de 22 de julio de 2019 requirió a Protección para que suministrara copia íntegra de la historia laboral de la señora Enira Yecenia Fernández Zárate. Concretamente, se solicitó a la entidad accionada que indicara de forma clara, ordenada y comprensible: *i)* el número de semanas cotizadas; *ii)* los aportes que se encontraran en mora en el pago o que presentara alguna clase de inconsistencia; *iii)* la fecha en que cada uno de los anteriores periodos se causó; y, finalmente; *iv)* el nombre o razón social del empleador o el carácter independiente del aporte. Así mismo, de conformidad con lo establecido en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, se decretó la suspensión de términos del expediente de la referencia.

Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

25. La representante legal del fondo pensional mediante escrito de 22 de julio de 2019 reiteró cada uno de los puntos expuestos en la contestación de la acción de tutela de la referencia. Insistió en que la peticionaria no cuenta con las 26 semanas de cotización exigidas para acceder a la pensión de invalidez, pues en el año anterior a la fecha de estructuración sólo tenía 25. Por ello reconoció la devolución de saldos como prestación subsidiaria por un valor de \$7.751.660. Seguidamente, sostuvo que el reclamo constitucional no cumple con los presupuestos de inmediatez y subsidiariedad.

Adicional a este escrito, la representante legal de la entidad, el 8 de agosto de 2019, presentó un memorial en que allegó la copia de la historia laboral de la accionante²³ y, además precisó que “*los aportes que registran en la historia laboral de la afiliada de mayo de 1995 son dobles y no pueden ser computados por 46 días, ya que un pago fue realizado a ING y el otro a Colpensiones, y esto se presentó cuando se realizó la fusión entre ING y Protección S.A., de manera*

²² La actora discriminó sus gastos de la siguiente manera: 1) \$237.000 (aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensiones), 2) \$70.000 (transporte), 3) \$100.000 (alimentación), 4) \$40.000 (citas médicas y copagos), y \$80.000 (servicios públicos).

²³ De la historia laboral de la actora se evidencia que en el mes de mayo de 1995 aparece una doble cotización por 23 días, luego entre los meses de junio a octubre de 1995 la cotización fue completa (30 días por cada mes); empero, en noviembre de ese año cotizó sólo un día. Seguidamente, se observa que en junio de 1997 cotizó como dependiente 12 días y en el mes de julio 15 días. Posteriormente, entre mayo de 2010 y junio de 2019, la actora cotizó al sistema pensional de manera ininterrumpida, para un total de cuanta con 500,14 semanas de cotización.

que el NIT de ING desapareció de la base de datos y todo migró al NIT de Protección, y cuando Colpensiones realizó el pago de no vinculados, lo envía como se paga inicialmente con el NIT de ING, por eso registran 2 NIT, pero es solo 1 periodo de 23 días”.

Aliansalud EPS

26. La representante legal de la EPS mencionada solicitó la desvinculación del presente trámite constitucional, en razón a que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la actora. Ello por cuanto ha garantizado a la paciente todos los servicios que le han sido ordenados por sus médicos tratantes. Por último, resaltó que no es una entidad que tenga a cargo el reconocimiento y pago de pensiones de invalidez, pues ese asunto es competencia, en este caso, de Protección S.A.²⁴

Agregó que la accionante se encuentra afiliada a Aliansalud EPS desde el 14 de junio de 2014, en calidad de cotizante independiente.

Compañía de Seguros Bolívar S.A.

27. La aseguradora mencionada solicitó su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que no ostenta la calidad de administradora de fondos de pensiones.

Afirmó que la actora no cumplió con el requisito consagrado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 referido a la densidad de semanas que se deben acreditar para acceder a la pensión de invalidez. Lo anterior por cuanto era necesario tener un mínimo de 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez. Puntualizó que la actora entre el 22 de febrero de 1995 y el 22 de febrero de 1996 sólo cotizó 25 semanas²⁵.

Manifestó que la acción de tutela no cumple con los requisitos de inmediatez y subsidiariedad. En cuanto al primero precisó que entre la decisión que negó el reconocimiento de la prestación (26 de mayo de 2016) y la interposición de la acción de tutela (10 de diciembre de 2018) transcurrieron 2 años, 7 meses y 16 días. Paralelamente, señaló que la actora conserva su capacidad laboral debido a que continúa cotizando al fondo de pensiones de forma independiente, ha acudido en dos oportunidades a la acción de tutela y cuenta con una asistencia profesional para ello. En tal virtud, a su juicio, no existe justificación alguna para no haber acudido a la jurisdicción ordinaria laboral en los más de dos años desde que le fue negado el reconocimiento de la prestación.

Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

²⁴ La entidad puso de presente que no fue notificada de la acción de tutela por los jueces de instancia.

²⁵ No obstante, en caso de que la Corte encuentre procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez, explicó que las fechas que se deben tener en cuenta para efectuar el respectivo cómputo de las semanas son “la fecha de calificación de la invalidez (en este caso 14 de enero de 2016), la fecha de la última cotización efectuada (según el escrito de tutela, la accionante seguía cotizando al momento de la interposición de la acción de tutela, 10 de diciembre de 2018) o la fecha de solicitud del reconocimiento pensional (en este caso el 21 de noviembre de 2013)”.

28. La directora de asuntos constitucionales de la entidad mediante escrito de 29 de julio de 2019 reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la acción de tutela. Refirió que la pensión de invalidez solicitada no es de su competencia ya que la peticionaria se encuentra afiliada al fondo privado Protección S.A. y, por tanto, no tiene legitimación en la causa por pasiva.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Problema jurídico

2. Sobre la base de lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar, en primer lugar, si en el presente caso se cumplen los presupuestos de legitimación en la causa, subsidiariedad e inmediatez que hacen procedente la acción de tutela. En caso afirmativo, la Corte procederá a estudiar el fondo del asunto orientado a establecer si un fondo de pensiones vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida, a la seguridad social, a la dignidad humana y a la igualdad de una persona en condición de discapacidad al no tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez.

Pese a lo anterior, la Sala abordará de manera previa la posible configuración de una actuación temeraria por parte de la accionante. Ello debido a que, en el escrito de demanda, hizo referencia a la interposición de una acción de tutela anterior en la que solicitó la corrección de su historia laboral y el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala reiterará la jurisprudencia sobre *i)* la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones sociales, especialmente las referidas a la pensión de invalidez; *ii)* la pensión de invalidez como parte integral del derecho a la seguridad social; *iii)* los requisitos necesarios para acceder a la pensión de invalidez contenidos en la legislación; *iv)* la capacidad laboral residual; y, finalmente, *v)* el caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones

3. La tutela en el ordenamiento constitucional colombiano fue incorporada en el artículo 86 de la Constitución Política como una acción judicial subsidiaria, residual y autónoma.

En ese sentido, la mencionada disposición estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces de la República, a través de un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que sean violados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades, o de particulares en los casos que señala la ley. Dicha norma constitucional destacó también que la solicitud de amparo, *“solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*²⁶.

4. Teniendo en cuenta la naturaleza subsidiaria y residual que reviste a la acción de tutela, esta procede: *i*) como **mecanismo definitivo**, cuando el solicitante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para obtener la protección de los derechos fundamentales cuya protección invoca o cuando, a pesar de la existencia del medio ordinario dispuesto para resolver la controversia, este no es idóneo y eficaz. Los anteriores aspectos deberán ser estudiados por el juez constitucional, atendiendo a las circunstancias concretas y particulares del caso concreto²⁷; y, de manera excepcional, *ii*) como **mecanismo transitorio** para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sobre este asunto, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que es irremediable el perjuicio que reúna cuatro características a saber: *“(i) debe ser inminente; (ii) debe requerir de medidas urgentes para ser conjurado; (iii) debe tratarse de un perjuicio grave; y (iv) solo puede ser evitado a partir de la implementación de acciones impostergables”*²⁸.

²⁶ Artículo 86 de la Constitución Política.

²⁷ Al respecto, las sentencias T-721 de 2012 y T-774 de 2015 señalaron que *“la Corte recordó que la jurisprudencia ha supeditado la aplicación del requisito de subsidiariedad al examen de las circunstancias particulares del accionante, y establecido algunos aspectos que el juez debe valorar para establecer si la pretensión puede ser resuelta eficazmente a través de los mecanismos ordinarios, o si, por el contrario, las dilaciones y complejidades que caracterizan esos procesos judiciales podrían conducir a que la amenaza o la vulneración iusfundamental denunciada se prolongue de manera injustificada. Para la Sala, el juez del caso concreto puede analizar, alternativamente, estos aspectos:*

- *La razonabilidad del tiempo de espera que la persona ha soportado desde el inicio del trámite pensional ante la entidad de seguridad social.*

- *La edad del solicitante, en especial si se trata de menores de 18 años o personas de la tercera edad (60 años). En este evento la tutela procede cuando el peticionario, además, tiene afectado su mínimo vital o estado de salud; o independientemente de lo anterior, cuando ha igualado o superado la esperanza de vida de los colombianos al nacer (74 años).*

- *La composición del núcleo familiar del peticionario, la calidad de madre o padre cabeza de familia o el número de personas a cargo.*

- *El estado de salud del accionante, su condición de discapacidad o el padecimiento de enfermedades graves o importantes.*

- *Las condiciones socioculturales del actor o su núcleo familiar, el grado de formación escolar y el potencial empoderamiento o conocimiento sobre sus derechos y los medios para hacerlos valer.*

- *Las circunstancias económicas de quien reclama el amparo, como por ejemplo su promedio de ingresos y gastos, el estrato socioeconómico de residencia, su condición de empleo, la capacidad de asumir los costos de un abogado de confianza o la posibilidad de asegurar su mínimo vital.*

290. *Los anteriores aspectos, sin embargo, no representan una lista cerrada ni constituyen requisitos que se deban cumplir en su totalidad para la procedencia de la acción de tutela. Se insiste, son factores que el juez debe estudiar en cuanto resulten relevantes para establecer si en el caso concreto el recurso a un proceso ordinario resulta una carga desproporcionada para el actor”.*

²⁸ Sentencia T-956 de 2013.

5. Así mismo, esta Corporación ha sostenido que el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela se flexibiliza cuando esta es invocada por sujetos de especial protección constitucional. Así lo precisó la Sala Plena de la Corte en sentencia SU- 263 de 2015 al establecer que el carácter excepcional del recurso de amparo puede llegar a tener algunas excepciones cuando: “(i) *los medios ordinarios de defensa judicial no son lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; (ii) Aun cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales; (iii) **Cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional** (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas, etc.), y **por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela**” (énfasis añadido).*

6. En armonía con lo expuesto, la sentencia SU-588 de 2018²⁹ precisó las reglas que deben cumplirse para poder admitir, de manera excepcional, la procedencia de una acción de tutela en la que se pretenda obtener el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez. De este modo, la Corte señaló: “(i) *si existe un medio de defensa idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico y no existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, la acción de tutela es improcedente; (ii) cuando no existen mecanismos de defensa idóneos y eficaces para resolver el asunto puesto a consideración, la tutela será procedente de manera definitiva; y (iii) de manera excepcional, cuando la persona disponga de medios de defensa idóneos y eficaces, pero existe riesgo de configuración de un perjuicio irremediable, el amparo será procedente de manera transitoria con el fin de proteger los derechos fundamentales del accionante*³⁰”.

7. De otro lado, para la procedibilidad de la acción de tutela la Corte también ha exigido el cumplimiento del **requisito de inmediatez** según el cual la solicitud de amparo debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable, contado a partir del hecho que originó la presunta vulneración o amenaza del derecho fundamental reclamado³¹.

8. No obstante, es preciso advertir que la aplicación del principio de inmediatez debe ser valorado por el juez en cada caso concreto, pues resultaría contrario a los postulados de un estado social de derecho declarar improcedente una acción de tutela de plano por no interponerla dentro de un término prudencial, sin antes valorar las circunstancias y la gravedad de la transgresión de los derechos fundamentales. Sobre este aspecto, la Corte Constitucional ha sostenido que a pesar de transcurrir un extenso espacio de tiempo entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela, ese requisito se flexibiliza en dos circunstancias: “[c]uando se demuestra que la vulneración es

²⁹ En ese pronunciamiento la Corte hace alusión a la sentencia SU-355 de 2015.

³⁰ Sentencia T-308 de 2016.

³¹ Sentencias T-480 de 2017 y T-339 de 2018, entre otras.

*permanente en el tiempo y cuando se pueda establecer la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales (...)*³².

9. La anterior posición ha sido reiterada por esta Corporación de manera pacífica al enfatizar que *“en lo que tiene que ver con los derechos pensionales, la jurisprudencia ha referido que tratándose de garantías de contenido irrenunciable e imprescriptible, que tienen una relación con la vida en condiciones de dignidad, pues a través de estas se garantiza un ingreso a las personas que, debido a la ocurrencia de alguna contingencia, no pueden seguir laborando, se trataría de una vulneración que permanece en el tiempo, en tanto que la persona acredite los requisitos legales para ser acreedor de su derecho pensional”*³³.

10. En conclusión, la condición de la inmediatez supone que caso a caso se deban analizar las circunstancias particulares, a fin de establecer si el término que ha transcurrido entre la situación que generó la supuesta vulneración o amenaza *iusfundamental* es razonable, lo que permitiría dar por cumplido este requisito.

El derecho fundamental a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia

11. De acuerdo con lo establecido en el artículo 48 superior, la Seguridad Social es un derecho irrenunciable y un servicio público de carácter obligatorio, el cual debe ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado³⁴.

Si bien es cierto la seguridad social fue catalogada como un derecho social, económico y cultural, o de segunda generación, también lo es que por vía jurisprudencial ese asunto estuvo en constante evolución y estudio, pasando primero por la tesis de la conexidad para luego entender a la seguridad social como un derecho fundamental porque *“todos los derechos constitucionales son fundamentales, pues se conectan de manera directa con los valores que los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”*.

12. En palabras de la Corte, la seguridad social *“surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”*³⁵. Bajo tal óptica, la Corte ha sostenido que el carácter de derecho fundamental de la seguridad social se sustenta en el principio de dignidad humana, con base en el cual *“resulta*

³² Corte Constitucional. Sentencia T-055 de 2008. En el mismo sentido ver la sentencia T-584 de 2011.

³³ Sentencia SU-588 de 2016.

³⁴ Si bien es cierto la seguridad social fue catalogada como un derecho social, económico y cultural, o de segunda generación, también lo es que por vía jurisprudencial ese asunto estuvo en constante evolución y estudio, pasando primero por la tesis de la conexidad para luego entender a la seguridad social como un derecho fundamental porque todos los derechos constitucionales son fundamentales (sentencias T-760 de 2008, T-164 de 2013 y T-201 de 2013).

³⁵ Sentencia T-173 de 2016.

posible que las personas afronten con decoro las circunstancias difíciles que les obstaculizan o impiden el normal desarrollo de sus actividades laborales y la consecuente recepción de los recursos que les permitan ejercer sus derechos subjetivos”³⁶.

Asimismo, el derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en diferentes instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. En ese sentido, este derecho se encuentra reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos³⁷, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³⁸, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre³⁹ y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales⁴⁰.

13. Ahora bien, en relación con el desarrollo legislativo de esa prerrogativa constitucional, es importante resaltar que a través de la Ley 100 de 1993 el legislador organizó el sistema de seguridad social integral. En lo relacionado con el régimen pensional, su objetivo fue garantizar a la población el amparo contra las eventualidades derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la citada ley.

Así pues, con la finalidad de atender la contingencia derivada de la dificultad de continuar trabajando como consecuencia de una pérdida total o parcial de la capacidad laboral de quienes se encuentran afiliados al Sistema General de Seguridad Social, el legislador previó la denominada pensión de invalidez como una prestación dirigida a garantizar las condiciones mínimas del afectado. Quiere decir lo anterior, que su reconocimiento se fundamenta en normas de carácter público y de obligatorio cumplimiento, y constituye un desarrollo a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad⁴¹.

14. Tanto la legislación como la jurisprudencia se han ocupado del tema de la acreencia pensional de invalidez, entendida como una forma de garantizar una

³⁶ *Ibídem*.

³⁷ Artículo 22: “*Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.*”

³⁸ “*Artículo 9º: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.*”

³⁹ “*Artículo 16: Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia*”

⁴⁰ “*Artículo 9º. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes. 2. Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de mujeres, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto.*”

⁴¹ Constitución Política. Artículo 48, inciso 1º: “*La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.*”

estabilidad económica a las personas que la solicitan. Por ello, teniendo en consideración que la seguridad social está íntimamente relacionada con el mínimo vital, la relación que surge entre estos derechos *“adquiere mayor relevancia en casos en los que están de por medio sujetos de especial protección constitucional o aquellos que requieren de la intervención del Estado en procura de la igualdad material consagrada en el artículo 13 de la Constitución”*⁴²”⁴³.

15. En síntesis, la pensión de invalidez es un componente básico del derecho fundamental a la seguridad social. Tal garantía constitucional, de acuerdo con lo antes reseñado, tiene por objeto proteger a aquellas personas que por alguna circunstancia ajena a su voluntad padecen una afectación en su salud de tal magnitud que les impide desarrollar sus actividades laborales con normalidad, así como *“garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten”*⁴⁴.

Requisitos para acceder a la pensión de invalidez

16. Como se indicó en los anteriores apartados, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones fue diseñado por el Legislador para asegurar a los afiliados en los riesgos de vejez, invalidez y muerte, a través del reconocimiento de ciertas prestaciones consagradas en la ley. En el caso de la pensión de invalidez⁴⁵, es preciso advertir que dicha prestación se orienta a la protección de los riesgos o contingencias surgidas con ocasión de un accidente o enfermedad que le impide al trabajador continuar con su actividad laboral.

En efecto, la razón de ser de la pensión de invalidez es proteger a aquellas personas que han perdido por lo menos el 50% del conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes o potencialidades de todo orden, que le permitían desarrollar un trabajo habitual y percibir a cambio una retribución económica.

17. En palabras de la Corte, la finalidad de la pensión de invalidez consiste en *“proteger el derecho a la seguridad social y al mínimo vital y, en consecuencia, a la vida digna de las personas en condición de discapacidad, toda vez que esta mesada pensional se convierte en su única fuente de ingresos, los cuales le permitirán suplir sus necesidades básicas, al momento en el que su condición física, mental, intelectual o sensorial le impidan valerse por sí mismo”*⁴⁶.

18. Bajo la vigencia de la Constitución Política de 1991 se expidió la Ley 100 de 1993⁴⁷. Esa normativa concretó los requisitos mínimos para lograr el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por riesgo común.

⁴² Sentencia T-086 de 2018.

⁴³ Sentencia T-136 de 2019.

⁴⁴ Ley 100 de 1993, artículo 1.

⁴⁵ Consagrada en los artículos 13, literal c, 38 y 39 de la Ley 100 de 1993.

⁴⁶ Sentencia T-040 de 2019.

⁴⁷ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

Precisamente, en el artículo 38 de la mencionada ley se estableció que “*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*”. A su turno, el artículo 39 *ibídem*, en su versión original, establecía los requisitos necesarios para acceder a la pensión de invalidez, así:

“Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”.

19. En el año 2003 los anteriores requisitos fueron modificados por el Legislador de la siguiente manera. La primera reforma se dio con ocasión de la Ley 797 de 2003, en cuyo artículo 11 fijó nuevos y más exigentes requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez⁴⁸. Sin embargo, mediante la sentencia C-1056 de ese mismo año, este Tribunal declaró la inexecutable de tal artículo, por vicios en su proceso de formación.

20. El segundo cambio se dio con la promulgación de la Ley 860 de 2003⁴⁹, a través de la cual se insistió en la consagración de nuevos requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez. En efecto, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003⁵⁰ estableció que para lograr el reconocimiento de esa garantía pensional debían cumplirse los siguientes presupuestos: *i)* que el afiliado sea declarado inválido como consecuencia de una enfermedad o accidente de origen común; *ii)* que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez; y *iii)* cuando el peticionario sea menor de 20 años, solo requiere de 26 semanas de cotización en el último año inmediatamente anterior al hecho que causó la invalidez o su declaratoria; y, finalmente *iv)* si el afiliado cotizó el 75% de las

⁴⁸ El artículo 11 de la Ley 797 de 2003 disponía: “*Requisitos para obtener la pensión de invalidez. 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 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

Parágrafo. Los menores de 20 años de edad solo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria”.

⁴⁹ Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.

⁵⁰ El artículo 1 de la Ley 860 de 2003 modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

semanas mínimas para acceder a la pensión de vejez, solo se exigirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos 3 años⁵¹.

21. En armonía con lo expuesto, el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 establece los requisitos para acceder a la pensión de vejez, de la siguiente manera: i) haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre⁵², y ii) haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo⁵³. No obstante, el parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003 sostiene que *“se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993”*. Quiere decir lo anterior, que tendrán derecho a la pensión anticipada de vejez por invalidez las personas que i) cuenten con 50% o más de pérdida de capacidad laboral; ii) tengan 55 años de edad o más y iii) cuenten con 1000 semanas o más de cotización al sistema de pensiones⁵⁴

22. En relación con la calificación de la invalidez, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993⁵⁵, preceptúa que el Instituto de Seguros Sociales, la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL-, las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y las Entidades Promotoras de Salud -EPS- serán las encargadas de determinar la pérdida de la capacidad laboral y calificar el grado de invalidez de las personas.

23. A su vez, el dictamen que emitan las entidades mencionadas debe incluir el porcentaje de la afectación producido por una enfermedad en términos de deficiencia, discapacidad y minusvalía⁵⁶, su origen y la fecha de estructuración.

⁵¹ Mediante sentencia C-428 de 2009, esta Corporación declaró inexecutable el requisito de fidelidad al sistema, tras considerar que fijarse un tiempo de afiliación desconocía el principio de progresividad en materia de derechos prestacionales

⁵² Así mismo precisa que a partir del 1° de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para las mujeres, y sesenta y dos (62) años para los hombres.

⁵³ Al respecto, la norma mencionada sostiene que a partir del 1° de enero de 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

⁵⁴ Cfr. Sentencia T-774 de 2015.

⁵⁵ Modificado por el artículo 142 del Decreto 019 del 10 de enero de 2012. *“Artículo. 41.- Calificación del estado de invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de la invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de la capacidad laboral.”*

⁵⁶ El Decreto 917 de 1999, *“por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995”*, en el artículo 7° definió estos conceptos de la siguiente manera: *“[...] DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano. // DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o*

Esta última, permite establecer cuál es -prima facie- la norma aplicable al afiliado a efecto de determinar el cumplimiento de los requisitos dispuestos por el ordenamiento jurídico para el acceso a la pensión de invalidez.

24. Por su parte, el Decreto 1507 de 2014⁵⁷ en su artículo 3° define la fecha de estructuración de la invalidez como aquella “*en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional. //Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral*”.

25. Del recuento normativo expuesto se puede concluir que la disposición aplicable en materia de pensión de invalidez depende, en principio, del momento en que se estructure la discapacidad. El solicitante deberá cumplir con los presupuestos previstos en las anteriores disposiciones para solicitar la prestación pensional. Dichos requisitos, de manera general, hacen referencia a tener una pérdida de la capacidad laboral debidamente calificada igual o superior al 50% y contar un mínimo de semanas de cotización.

Capacidad laboral residual. Reiteración jurisprudencial

26. De acuerdo con lo expuesto, la fecha de estructuración de la invalidez y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral son aspectos necesarios para determinar si una persona tiene o no derecho al reconocimiento de una pensión de invalidez.

En efecto, es a partir de la fecha de estructuración de la invalidez cuando se analiza si el afiliado había o no cotizado la cantidad de semanas exigidas para tener derecho al reconocimiento y pago de la mencionada prestación.

regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona. // MINUSVALÍA: Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno”.

⁵⁷ Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional.

27. No obstante, cuando el afectado padece una enfermedad catalogada como degenerativa, crónica o congénita, las entidades encargadas del reconocimiento pensional deben tener en cuenta si el afiliado realizó aportes al sistema con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez en virtud del despliegue material, efectivo y personal de su fuerza de trabajo⁵⁸. Lo anterior, en palabras de la Corte, *“en consonancia con lo señalado por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual reconoce en su artículo 27 que este grupo poblacional tienen derecho a trabajar en igualdad de condiciones con quienes no se encuentran en su misma situación, a procurarse un nivel adecuado de vida y al acceso en igualdad, a programas y beneficios de jubilación.”*⁵⁹ Lo cual es una muestra más de que la situación de discapacidad, en sí misma, no implica una invalidez permanente y definitiva, ya que quienes están en esta condición, muchas veces están habilitadas para trabajar, por lo tanto, se les debe garantizar ese derecho, para que, en igualdad, puedan acceder a las prestaciones que el Sistema General de Pensiones les garantiza a los demás”⁶⁰.

28. La sentencia SU-588 de 2016 unificó la jurisprudencia de la Corte en relación con la *capacidad laboral residual*⁶¹ de las personas en condición de discapacidad, que padecen enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas, pero que continúan trabajando y cotizando al sistema con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez. Sobre el particular, la Corte señaló:

⁵⁸ Al respecto, esta Corte en sentencia T-057 de 2017 sostuvo que *“existen situaciones en las que la enfermedad o el accidente padecido por una persona generan en ella pérdida de su capacidad laboral de manera inmediata, de ahí que la fecha de estructuración de la invalidez, fijada en el correspondiente dictamen, coincida con la ocurrencia del hecho generador de la misma. Sin embargo, también ha sostenido que, en tratándose de enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, entiéndase por tal, aquellas de larga duración y de progresión lenta, ocurre que la disminución o pérdida de la capacidad laboral no se produce en un mismo momento sino que, por el contrario, se genera de manera paulatina. Frente a este tipo de casos, la Corte ha evidenciado que los entes responsables de efectuar la calificación de pérdida de la capacidad laboral establecen como fecha de estructuración de la invalidez el momento a partir del cual se presenta el primer síntoma de la enfermedad o se obtiene el primer diagnóstico, sin importar que, de acuerdo con la realidad objetiva, la incapacidad permanente y definitiva para desempeñarse laboralmente se produzca mucho tiempo después”*.

⁵⁹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 27. “Trabajo y empleo. || 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: [...]” || Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 28. “Nivel de vida adecuado y protección social. || 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. || 2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: || [...] e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación.”

⁶⁰ Sentencia T-199 de 2017.

⁶¹ Respecto de la capacidad laboral residual, la mencionada sentencia precisó 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. El análisis de lo anterior busca evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantiza la sostenibilidad fiscal del mismo, en tanto que, si una persona ha cotizado durante varios años de manera ininterrumpida o, en su defecto, lo ha hecho de forma interrumpida, pero durante periodos de tiempo importantes, es fácil deducir que los aportes se han hecho gracias a la capacidad laboral residual con la cual ha podido ejercer un oficio que le ha permitido garantizar para sí y para su familia un mínimo vital”*.

“44.2. Ahora bien, una vez la competencia es asumida por Colpensiones o las administradoras de fondos de pensiones, (independientemente del régimen pensional), es decir, cuando la persona solicita el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a estas entidades les corresponderá 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 Sistema.

De acreditarse todo lo anterior, Colpensiones o la Administradora de Fondos de Pensiones deberá elegir el momento desde el cual aplicará el supuesto establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, tal y como fue modificado por la Ley 860 de 2003. Dich[o] instante podrá corresponder a la fecha en la que (i) se realizó la última cotización; (ii) la de la solicitud pensional; o (iii) la de la calificación, decisión que se fundamentará en criterios razonables, previo análisis de la situación particular y en garantía de los derechos del reclamante. Es decir que, a partir de dicho momento, realizará el conteo hacia atrás de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores, para determinar si la persona tiene o no derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez”. (Negrilla fuera del texto original).

29. En consecuencia, existen eventos en los que la enfermedad padecida por una persona genera en ella una pérdida de la capacidad laboral de manera inmediata y, por tanto, la fecha de estructuración de la invalidez coincide con el hecho que la ocasionó. Sin embargo, también se presentan casos en donde el estado de salud y, en consecuencia, la actividad laboral productiva se deterioran con el transcurrir del tiempo pero, a pesar de esa situación, el individuo puede seguir cotizando al sistema de seguridad social en pensiones, hasta el momento en que la patología le impide de manera definitiva aportar al sistema producto de su actividad laboral residual. En este último evento se deben tener en cuenta las semanas aportadas con posterioridad a la fecha oficial de la estructuración de la invalidez, de acuerdo a las precisiones efectuadas por la Corte en la sentencia SU-588 de 2016.

Caso concreto

Cuestión previa – De la temeridad en las acciones de tutela⁶²

⁶² La base argumentativa expuesta en este capítulo hace parte de la sentencia T-217 de 218 proferida por esta misma Sala de Revisión.

30. Teniendo en cuenta que el 10 de septiembre de 2018, esto es, antes de la interposición de la tutela que ocupa la atención de la Sala, la accionante presentó otra acción de amparo contra Protección S.A., la Corte analizará si existe temeridad en el ejercicio del mecanismo constitucional.

31. La señora Fernández Zárate manifestó que formuló acción de tutela contra Protección S.A., en procura de obtener la protección de derecho fundamental de petición, el cual consideró vulnerado por el fondo de pensiones debido a su omisión de responder la solicitud de 6 de junio de 2018, relacionada con una doble cotización en el mes de mayo de 1995⁶³.

32. El proceso correspondió por reparto al Juzgado Cuarenta y Nueve (49) Civil Municipal de Bogotá D.C., autoridad judicial que mediante sentencia de 19 de septiembre de 2018 negó el recurso de amparo⁶⁴. En el fallo el juez de tutela relató que la actora solicitó la protección de los derechos fundamentales de petición, mínimo vital y seguridad social y, en consecuencia, se ordenara a la entidad resolver la petición, así como reconocer la pensión de invalidez por cumplir con los requisitos previstos en la ley.

En esa oportunidad, el juez de instancia negó el amparo constitucional tras considerar que la entidad accionada, mediante oficio del 30 de julio de 2018⁶⁵, había dado respuesta al requerimiento efectuado por la actora, relacionado con la corrección de su historia laboral. Sin embargo, el *a quo* **no realizó manifestación alguna sobre la efectiva notificación de la respuesta a la peticionaria**. Respecto del reconocimiento pensional, explicó que la actora contaba con otro mecanismo de defensa judicial para reclamar ante el juez ordinario laboral la pensión de invalidez.

33. Luego del anterior recuento fáctico, es preciso advertir que el artículo 38 del Decreto Ley 2591 de 1991 señala que existe temeridad cuando “*sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes*”. Por su parte, la jurisprudencia ha señalado que la temeridad consiste en la interposición de tutelas idénticas, sin motivo justificado y en contravía del principio de buena fe previsto en el artículo 83 de la Constitución Política, así como el deber de lealtad procesal⁶⁶.

34. De acuerdo con lo anterior, la temeridad se configura cuando concurren los siguientes elementos: *i*) identidad del accionante; *ii*) identidad del sujeto o

⁶³ Folio 43, cuaderno de instancia.

⁶⁴ Folios 45 a 49, cuaderno de instancia.

⁶⁵ Folio 44, cuaderno de instancia. Protección S.A. en su respuesta indicó que “*realizadas las validaciones correspondientes para el periodo 05/1995 encontró que el aporte se encuentra acreditado por pago realizado por el empleador y por una devolución realizada por Colpensiones por el proceso de rezagos en cual fue devuelto con su número de identificación y aclaró que Santander se fusionó con ING y posteriormente ambos con hoy Protección*”.

⁶⁶ Cfr. Sentencia T-001 de 2016.

entidad accionada; *iii*) identidad fáctica en relación con otra acción de tutela y *iv*) ausencia de justificación suficiente para interponer la nueva acción, vinculada a un actuar doloso o de mala fe por parte del accionante⁶⁷.

35. Sobre el último aspecto, este Tribunal ha precisado que una actuación es dolosa o de mala fe cuando: “*i*) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones⁶⁸; *ii*) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable⁶⁹; *iii*) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaure la acción⁷⁰; o finalmente *iv*) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia”⁷¹.

36. Pese a lo anterior, en sentencia T-1034 de 2005 la Corte estableció que una persona puede interponer nuevamente una acción de tutela siempre que se cumpla alguno de estos presupuestos: *i*) el surgimiento de nuevas circunstancias fácticas o jurídicas o *ii*) cuando “*la jurisdicción constitucional al conocer de la primera acción no se pronunció sobre la real pretensión del accionante*”⁷²,⁷³.

37. Finalmente, esta Corporación en reciente pronunciamiento aclaró que la sola existencia de varias acciones de tutela no genera, de manera automática, que la presentación de la segunda tutela pueda ser considerada como temeraria. Ello por cuanto esa situación puede estar fundada en: *i*) la ignorancia del actor o el asesoramiento equivocado de los profesionales del derecho; *ii*) en el sometimiento del accionante a un estado de indefensión, bien sea por situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho⁷⁴.

38. En el caso bajo estudio, la Sala considera que, en principio, se advierte una posible duplicidad de acciones, pues en las dos demandas de tutela buscó el reconocimiento de la pensión de invalidez. Sin embargo, se observa que la accionante entendió que la primera tutela había versado únicamente sobre la protección del derecho fundamental de petición. Ello habida cuenta que en esa oportunidad se cuestionó de forma predominante una inconsistencia en la historia laboral, razón por la cual el 6 de junio de 2018 solicitó a Protección S.A. que esa situación fuese corregida. Aunado a lo anterior, si bien la accionante también solicitó el reconocimiento pensional, ese no fue el objeto principal del recurso de amparo, pues el escenario constitucional planteado en dicha

⁶⁷ Sentencias T-883 de 2001; T-662 de 2002; T-1303 de 2005; SU-713 de 2006; T-634 de 2008; T-507 y T-926 de 2010; T-053 de 2012; T-304 de 2014; T-008, SU-055, T-057, T-069, T-096 y T-537 de 2015, entre otras.

⁶⁸ Sentencia T-149 de 1995.

⁶⁹ Sentencia T-308 de 1995.

⁷⁰ Sentencia T-443 de 1995.

⁷¹ Sentencia T-001 de 1997.

⁷² Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-566 del 31 de mayo de 2001.

⁷³ Sentencia T-1034 de 2005

⁷⁴ Sentencia T-272 de 2019, en la que se hace alusión a las sentencias T-185 de 2013 y T-548 de 2017.

oportunidad giró en torno a la supuesta falta de respuesta del derecho de petición de corrección de historia laboral, que la accionante había formulado.⁷⁵

39. En consideración a lo expuesto, a juicio de la Sala, la peticionaria no incurrió en una actuación temeraria en el uso del mecanismo de protección de los derechos fundamentales, pues para ello es necesario que exista una actuación dolosa o de mala fe, la cual no se presenta en este caso. Lo anterior, *si se tiene en cuenta el análisis conjunto*, destaca la Corte, de las particularidades del asunto, relacionados con: *i)* la clase de discapacidad de la peticionaria, quien padece una ceguera bilateral, *ii)* su pérdida de la capacidad laboral del 74.80%; *iii)* su actual condición de informalidad laboral y la carencia de ingresos estables para atender sus necesidades especiales; *iv)* la ausencia de un pronunciamiento de fondo por parte de la jurisdicción constitucional en relación con la pretensión de reconocimiento pensional⁷⁶; y, finalmente, *v)* la manifestación expresa de la demandante acerca de la existencia de la anterior acción de tutela, anexando copia de esa providencia judicial.

En adición a lo expuesto, la Sala advierte que existe una duda razonable en relación con la existencia o no de un hecho nuevo que habilite la presentación de la segunda acción de tutela. De este modo, la solicitante afirma insistentemente que la primera demanda de tutela la formuló en busca de protección de su derecho fundamental de petición, pues la AFP no había dado respuesta a su solicitud de corrección de historia laboral del 6 de junio de 2018. La AFP, por su parte, sostuvo que había respondido la petición el 30 de julio del mismo año.

Sin embargo, la Corte encuentra que la AFP no acreditó que efectivamente haya contestado la solicitud antes de la adopción del fallo dictado el 19 de septiembre de 2018 en única instancia en el primer proceso de tutela. Lo anterior, por cuanto no allegó al expediente constancia de envío de la referida comunicación del 30 de julio de 2018 y, por el contrario, reconoció que el 19 de septiembre de 2018 había remitido otra misiva a la accionante, reiterando la respuesta del 30 de julio del mismo año.⁷⁷

⁷⁵ Al respecto, en los antecedentes relacionados en la sentencia del 19 de septiembre de 2018 el Juzgado 49 Civil Municipal señala que la accionante “solicitó la protección de sus derechos fundamentales de petición, mínimo vital, seguridad social para que se ordene a la accionada dar respuesta a su petición y se otorgue la pensión de invalidez”. Más adelante indica que la solicitante argumentó que “el 6 de julio (sic) de 2018 presentó petición ante el Fondo de Pensiones Protección solicitando la corrección de la historia laboral, dado que en el mes de mayo de 1995 hay una inconsistencia que afecta el total reporte de semanas cotizadas. // A la fecha no ha obtenido respuesta” (folio 45, cuaderno principal).

⁷⁶ De este modo, en la sentencia dictada por el Juzgado 49 Civil Municipal de Bogotá el 19 de septiembre de 2018, esa autoridad judicial declaró la improcedencia de la acción frente a la pretensión de reconocimiento pensional, pues estimó que “la convocante cuenta con otros mecanismos idóneos para cuestionar la decisión adoptada por la accionada, pues sale de la órbita constitucional atender sobre la legalidad del pronunciamiento efectuado por la administración, precisamente por encontrarse comprometidos derechos litigiosos de naturaleza legal y de desarrollo progresivo, para lo cual existen las instancias idóneas como la jurisdicción ordinaria laboral, para conocer del presente asunto” (fl. 48 Cdno. 1). En armonía con lo expuesto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que en los eventos en que se presenta duplicidad de acciones no se configura la cosa juzgada constitucional, siempre que no exista un pronunciamiento de fondo previo del juez de tutela. Al respecto se pueden consultar las sentencias T-1034 de 2005 y SU-168 de 2017.

⁷⁷ Aunado a lo expuesto, en el fallo de tutela de única instancia dictado en el primer proceso de tutela no se aludió a la fecha de notificación de la mencionada comunicación de la AFP y, por lo tanto, la misma no prueba en el presente asunto que la respuesta se hubiere dado antes de la interposición de la primera acción de tutela.

En tal sentido, la Sala encuentra que la duda sobre la fecha de notificación de la respuesta a la petición de corrección de historia laboral de la accionante debe ser absuelta en favor de esta, ya que la AFP no logró demostrar que su oficio del 30 de julio de 2018 fuera puesto en conocimiento de la demandante antes de la interposición de las dos acciones de tutela.

Bajo tal perspectiva, para efectos del presente trámite se advierte que la solicitud de corrección de historia laboral en realidad fue contestada por la AFP el 19 de septiembre de 2018, pues la accionante indicó que solo hasta esa fecha obtuvo respuesta a su petición. La AFP, por su parte, informó que ese mismo día envió comunicación a la demandante en el sentido antes mencionado. Esa circunstancia, en criterio de la Sala, configura un hecho nuevo que habilitaba la formulación de una segunda acción de tutela, ya que tan solo después de la respuesta de la AFP la demandante tuvo certeza sobre la imposibilidad de incluir en su historia laboral un número de cotizaciones que habría podido repercutir en el cumplimiento de los requisitos dispuestos para el reconocimiento de la pensión de invalidez.⁴⁰ De lo anterior se concluye que la peticionaria no actuó de mala fe porque a pesar de que los hechos expuestos en ambas tutelas presentan cierto grado de similitud, existen motivos justificados para la presentación de la nueva tutela, en particular, la necesidad urgente de defender un derecho fundamental de una persona en condición de discapacidad que no cuenta con los recursos suficientes para procurarse su auto sostenimiento y la atención de sus necesidades especiales, así como la existencia de un hecho nuevo.

Presentación del caso

41. En el asunto *sub judice* se está ante una solicitud de reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, habida cuenta que la señora Fernández Zárate tiene una enfermedad de origen común y fue valorada por la Junta de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, entidad que estableció como pérdida de su capacidad laboral un porcentaje equivalente a 74,80%, con fecha de estructuración el 22 de febrero de 1996.

Protección S.A. negó la prestación bajo el argumento de no cumplir el requisito de las semanas cotizadas exigido por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, esto es, contar con una densidad de 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez o que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y haya acumulado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse la discapacidad.

42. Los jueces de instancia negaron el amparo constitucional solicitado, debido a que existe otro mecanismo de defensa judicial para reclamar la prestación solicitada, ante la jurisdicción ordinaria laboral y por no cumplir con el requisito de inmediatez.

43. En tal virtud, le corresponde a la Sala establecer si en este asunto se cumplen los requisitos de procedencia formal de la acción de tutela. En caso afirmativo,

se analizará el fondo del asunto y, con ello, si la decisión adoptada por Protección S.A. de negar la pensión de invalidez a la accionante se ajusta a la normativa y reglas jurisprudenciales que rigen la materia, en especial en lo relacionado con la capacidad laboral residual.

Procedencia de la acción

A continuación la Sala verificará el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la solicitud de amparo presentada por la parte actora para solicitar el reconocimiento y pago de una acreencia pensional, como son: *i)* legitimación por activa; *ii)* legitimación por pasiva; *iii)* subsidiariedad; y, *iv)* inmediatez.

i) Legitimación en la causa por activa

44. Conforme al artículo 86 de la Constitución, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por un particular.

A su turno, el artículo 10° del Decreto Ley 2591 de 1991⁷⁸ dispone que la solicitud de amparo puede ser presentada: *i)* a nombre propio; *ii)* a través de representante legal; *iii)* por medio de apoderado judicial; o *iv)* mediante agente oficioso.

El presente asunto cumple con el requisito de legitimación en la causa por activa, dado que la acción de tutela fue ejercida por la señora Enira Yecenia Fernández Zárate, mediante apoderada judicial⁷⁹, al considerar vulnerados los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida, a la seguridad social, a la dignidad humana y a la igualdad, como consecuencia de la negativa de Protección S.A. de reconocer la pensión de invalidez.

ii) Legitimación en la causa por pasiva

45. La legitimación en la causa por pasiva también se cumple, en la medida en que Protección S.A. es la administradora de fondos de pensiones y cesantías a la cual se le imputa la vulneración de los derechos fundamentales reclamados por la actora.

iii) Inmediatez

46. En relación con este requisito, esta Corporación ha señalado que si bien la solicitud de amparo puede formularse en cualquier tiempo su interposición debe hacerse dentro un plazo razonable y oportuno. Lo anterior, debido a que la

⁷⁸ El artículo 10 del Decreto-ley 2591 de 1991 frente a la legitimidad e interés para promover el recurso de amparo dispone que “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud”.

⁷⁹ A folios 1 y 2 del cuaderno de instancia obra el poder especial conferido por la señora a la profesional del derecho María Jimena Escandón García. .

finalidad de la acción de tutela es proteger de manera inmediata y urgente los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Así mismo, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en afirmar que el derecho a la pensión es imprescriptible y que, al tratarse de una prestación de tracto sucesivo, el paso del tiempo “*no le impide a la persona que tenga el derecho a reclamarlo y a recibir la pensión*”⁸⁰

47. En el *sub lite*, se encuentra demostrado que Protección S.A., mediante oficio de 26 de mayo de 2016, negó el reconocimiento pensional solicitado por la actora y que la presente acción de tutela fue interpuesta el 6 de diciembre de 2018⁸¹, es decir, que entre la fecha de la decisión adoptada por la entidad accionada y el ejercicio del amparo constitucional transcurrieron más de dos años, término que, en principio, la jurisprudencia de esta Corte ha considerado inoportuno.

Sin embargo, la accionante manifestó que durante ese tiempo desplegó una serie de actuaciones tendientes a obtener la prestación pensional. Particularmente, indicó que el 6 de junio de 2018 solicitó al fondo de pensiones la aclaración de su historia laboral al existir un posible error referido a una doble cotización en un mismo mes proveniente de dos entidades distintas. Ante la falta de respuesta a esa petición la demandante interpuso acción de tutela contra Protección S.A., amparo que si bien fue negado por el Juzgado 49 Civil Municipal de Bogotá mediante sentencia de 19 de septiembre de 2018, dio lugar a una nueva respuesta de la Administradora de Fondo de Pensiones.

Estas actuaciones, en criterio de la Sala, permiten flexibilizar el requisito de inmediatez, ya que la solicitud de corrección de historia laboral y la acción de tutela presentada por la presunta violación del derecho de petición se orientaron a la revisión de los aportes y a la realización de un nuevo cómputo de semanas. Todas estas diligencias estuvieron encaminadas al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y, por ello, permiten evidenciar la diligencia de la solicitante en la búsqueda de protección de los derechos que reclama por vía constitucional. En ese sentido, entre el momento de la sentencia del 19 de septiembre y la fecha de presentación de la acción de tutela de la referencia -6 de diciembre de 2018- han transcurrido poco más de dos meses, término que se advierte razonable.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que la accionante reclama el reconocimiento del derecho a una pensión de invalidez, el cual es imprescriptible y da lugar a la satisfacción de una obligación de tracto sucesivo. Por lo tanto, la violación alegada goza de actualidad.

iv) Subsidiariedad

48. Como se indicó en la parte considerativa de esta providencia, la acción de tutela es, en principio, improcedente cuando lo pretendido es obtener el reconocimiento de una prestación pensional. Lo anterior, porque el ordenamiento

⁸⁰ Sentencia T-694 de 2017, en la que se hace referencia a la sentencia T-521 de 2013.

⁸¹ Cuaderno de instancia, folio 50.

jurídico ha dispuesto los medios judiciales para tal fin. Si bien la regla de subsidiariedad debe aplicarse de forma general para determinar la procedencia del recurso de amparo, el juez constitucional puede intervenir en aquellos casos en que se demuestre que el medio de defensa judicial carece de idoneidad o eficacia en el caso concreto o que, en su defecto, se está ante la posible configuración de un perjuicio irremediable.

49. En el *sub lite*, se encuentra demostrado que la señora Fernández Zárate es una persona en condición de discapacidad y, por lo tanto, un sujeto de especial protección constitucional⁸². Aunque esta circunstancia no hace procedente por sí sola la acción de tutela, sí flexibiliza el examen de los presupuestos del juicio de procedibilidad formal (art. 13 C. Pol.)⁸³.

50. Bajo esas condiciones, en criterio de la Sala el medio ordinario de defensa judicial al alcance de la accionante no resulta eficaz en el caso concreto, porque *i)* es una persona en condición de discapacidad, debido a que fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 74.80%, con fecha de estructuración del 22 de febrero de 1996, por padecer retinosis pigmentaria, enfermedad que le generó la pérdida progresiva de su visión; *ii)* no tiene vivienda propia, ya que convive con una amiga en el barrio las Cruces de la ciudad de Bogotá; y *iii)* afronta una difícil situación económica, pues para su auto sostenimiento depende de la ayuda de un familiar, así como de las actividades informales que realiza relacionadas con la venta de productos por catálogo y dulces, actividad que era desarrollada en el espacio público.

51. De este modo, la solicitud de amparo no puede condicionarse únicamente al hecho de que la actora deba acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para la protección de sus derechos, como lo manifestaron los jueces de instancia, ya que tal exigencia **implicaría una carga desproporcionada atendiendo sus actuales condiciones materiales de existencia.**

⁸² Esta Corporación en la sentencia SU-588 de 2016 fue enfática en señalar que las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional. Al respecto, también pueden consultarse las sentencias T-694 de 2017 y T-217 de 2018, en las cuales se ha señalado que tanto la normativa interna como internacional han desarrollado la materia. Así, los artículos 13 y 47 superiores imponen al Estado: *i)* el deber de proteger especialmente a aquellas personas que por sus condiciones físicas o mentales se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta y *ii)* adelantar políticas de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos. A su turno, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (aprobada por Colombia mediante la Ley 762 de 2002) y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (aprobada mediante la Ley 1346 de 2009) establecen el deber de los Estados parte de garantizar a las personas en condición de discapacidad el acceso a una justicia material y efectiva y la protección especial de sus intereses e integridad personales.

⁸³ Sobre el particular la sentencia T-026 de 2019, en la que hizo referencia a la sentencia SU-442 de 2016, sostuvo que el juez de tutela debe ser más flexible al estudiar la procedibilidad del recurso de amparo cuando el accionante es un sujeto de especial protección, o cuando se encuentra en una situación de debilidad manifiesta *“pues en desarrollo del derecho fundamental a la igualdad es necesario otorgar un tratamiento diferencial positivo a aquellas personas que no se encuentran en capacidad de soportar las cargas y tiempos procesales que imponen los medios ordinarios de defensa, por representar, además, la amenaza de un perjuicio irremediable a sus garantías ius fundamentales. Sobre todo, teniendo en cuenta que el reconocimiento de la pensión de invalidez, a pesar de ser una prestación económica de orden legal, puede comprometer derechos fundamentales de sujetos que por sus particulares condiciones de vulnerabilidad o debilidad manifiesta, son sujetos de especial protección constitucional”*.

52. De igual forma, el mecanismo ordinario contemplado en el artículo 2 numeral 4 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social (modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012)⁸⁴ no es idóneo ni eficaz **en el caso concreto**, por la demora generalizada de este tipo de procesos y por la ausencia de un instrumento de medidas cautelares apropiadas para atender provisionalmente los requerimientos de la accionante⁸⁵. Lo anterior, debido a que ese trámite judicial comprende varias etapas; una primera instancia la cual es susceptible de apelación y, con posterioridad a ello, puede ser interpuesto el recurso extraordinario de casación⁸⁶. De este modo, esta circunstancia puede retardar y comprometer la protección urgente de derechos fundamentales de personas que, como la accionante, tienen necesidades especiales derivadas de su condición de invalidez.

53. En consideración a lo expuesto, es posible concluir que pese a la existencia del mecanismo judicial ordinario, éste no es idóneo ni eficaz debido a las complejidades del trámite laboral y a las condiciones de existencia de la actora. En tal virtud, el estudio de fondo del recurso de amparo se torna procedente como mecanismo definitivo.

Del fondo del asunto

54. La señora Enira Yecenia Fernández Zárate pretende por vía de tutela el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, la cual fue solicitada al fondo privado accionado el 21 de noviembre de 2013. Protección S.A., mediante oficio de 26 de mayo de 2016, negó la prestación reclamada.

⁸⁴ “Competencia General. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: [...] 4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”

⁸⁵ De este modo, si bien el artículo 590 del Código General del Proceso (CGP) establece la posibilidad de solicitar medidas cautelares innominadas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que estas no resultan procedentes en el trámite ordinario laboral, pues su aplicación solo es viable -por analogía- ante la ausencia de regulación especial en el Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social (art. 145, CPT). Lo anterior por cuanto las disposiciones del CGP únicamente operan de manera supletoria y, por lo tanto, solamente pueden tenerse en cuenta cuando el CPT no establezca una regulación expresa sobre particular. En ese orden de ideas, como el CPT contempla en el artículo 85A las medidas cautelares procedentes en esta clase de procesos (únicamente la caución al demandado y, por lo tanto, no admite el reconocimiento provisional de pensiones), el artículo 590 del CGT deviene inaplicable. Al respecto se puede consultar el auto AL1886-2017 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En un sentido semejante se puede acudir al auto del 06 de julio de 2018, dictado por la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Pereira en el expediente ordinario laboral 66001-31-05-001-2018-00111-01.

⁸⁶ Sobre este aspecto, la sentencia T-774 de 2015 señaló que el proceso laboral ordinario no cuenta con medidas cautelares que permitan el pago provisional de la acreencia pensional. Igualmente, puntualizó que los recursos de apelación y casación se surten en el efecto suspensivo, por lo que el solicitante solo podría disfrutar de un eventual fallo a su favor una vez culmine el trámite ordinario. Por esa razón, en el numeral vigésimo primero de la parte resolutive exhortó al Congreso de la República para que estudiara “la incorporación de un mecanismo de medidas cautelares en el proceso ordinario laboral que permita el reconocimiento y pago provisional de una pensión frente a las personas que buscan la garantía del derecho prestacional por esa vía. Lo anterior, en cualquier etapa del proceso y hasta tanto quede ejecutoriada la sentencia que se profiera en el trámite”.

De manera previa, la AFP señaló que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca dictaminó a la peticionaria una pérdida de la capacidad laboral de 74.80% con fecha de estructuración del 22 de febrero de 1996. Seguidamente, como normas aplicables tuvo en cuenta los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, según los cuales tienen derecho a la pensión de invalidez los afiliados que por cualquier causa de origen no profesional hubiesen perdido el 50% o más de la capacidad laboral. Así mismo, que se encuentren cotizando al régimen y alcanzado por lo menos 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez o que a pesar de haber dejado de cotizar hayan efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior a la situación de discapacidad.

Por lo anterior, Protección S.A. consideró que la peticionaria no tenía derecho a la prestación *“teniendo en cuenta que **al momento de estructurarse la invalidez no es cotizante al Sistema de Seguridad Social**, presenta un total de 355,57 semanas de las cuales 346,71 fueron cotizadas a Protección y en el último año cuenta con de (sic) 25,34 semanas cotizadas, no cumpliendo así con los requisitos relacionados en el párrafo anterior”*⁸⁷ (Negrilla fuera del texto original).

55. De conformidad con lo anterior, la Sala advierte que la entidad accionada, en principio, suministró una respuesta razonable y fundamentada en las disposiciones vigentes, para determinar que la accionante no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

56. Pese a lo expuesto, la Corte Constitucional ha fijado una serie de pautas aplicables para determinar la fecha de estructuración de la invalidez y, con ello, la norma aplicable, cuando se trata de afiliados que padecen una enfermedad de deterioro progresivo y, por ello, con una capacidad laboral residual.

Al respecto, la **sentencia SU-588 de 2016** compiló las reglas jurisprudenciales sobre la materia, de la siguiente manera: *i)* que la solicitud pensional sea presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa; *ii)* que los aportes se hayan realizado 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; y, *iii)* que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada por la autoridad médico laboral, la persona cuente con un número importante de semanas cotizadas.

Con fundamento en los medios de prueba que integran el expediente en el presente asunto y de acuerdo con las reglas antes mencionadas, se corrobora lo siguiente:

⁸⁷ Folios 22 y 23 del cuaderno de instancia.

i) La solicitud debe ser presentada por una persona con una enfermedad congénita, crónica o degenerativa

57. Según lo consignado en la historia clínica aportada por Aliansalud EPS en sede de revisión⁸⁸, la señora Enira Yecenia Fernández Zárate fue diagnosticada con retinosis pigmentaria desde los 9 años de edad, situación que le generó una pérdida progresiva de la visión en ambos ojos. La retinosis pigmentaria “*no es una única enfermedad, sino un grupo de enfermedades degenerativas que afectan al ojo y se caracterizan por producir una pérdida lenta y progresiva de la visión*”⁸⁹. Esta patología es entonces la causa de degeneración hereditaria de la retina más frecuente, así como la causa más habitual de ceguera de origen genético en el adulto, cuya evolución es lenta, crónica y progresiva⁹⁰.

En tal virtud, el 14 de enero de 2016 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca calificó a la demandante con una pérdida de capacidad laboral equivalente a 74.80%, con fecha de estructuración del 22 de febrero de 1996. En el referido dictamen consignó que la paciente “*presenta antecedente de retinosis pigmentaria desde el año 1993, con deterioro progresivo de la agudeza visual y campo visual, adicionalmente glaucoma y catarata en OD manejada quirúrgicamente con pérdida de agudeza visual. Adicionalmente tiene diagnósticos de artrosis de rodilla, escoliosis, hipotiroidismo e hipertensión arterial. Se califica teniendo en cuenta la máxima deficiencia por ceguera bilateral. Por lo anterior se conceptúa que la señora Enira Yecenia Fernández Zárate tiene una pérdida de la capacidad laboral de 74.80% de origen común, con fecha de estructuración 22 de febrero de 1996 [Fecha del examen de campos visuales con pérdida casi total de los mismos y AV 20/80 AO]*”. Quiere decir lo anterior, que la enfermedad que presenta la actora es de aquellas de deterioro progresivo o degenerativo.

ii) Que los aportes hayan sido realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual

58. En relación con este punto, es preciso señalar que la señora Fernández Zárate al dar respuesta a los interrogantes formulados por el Magistrado Sustanciador en el auto de 11 de julio de 2019 informó que trabajó como asesora comercial en el Fondo de Pensiones y Cesantías Davivir S.A. de la ciudad de Ibagué, entre el 22 de mayo y el mes de noviembre de 1995, para un total de 174 días. Agregó que desde diciembre de 1995 hasta mayo del 1997 no tuvo vinculación laboral alguna. No obstante, aclaró que se vinculó como asesora comercial en la Sociedad Consultora de Recursos Humanos Nexos Ltda entre los meses de junio y julio de 1997, para un total de 27 días. Precisó que su vinculación laboral como dependiente en las empresas mencionadas fue de 6 meses y 21 días.

⁸⁸ Documento aportado por Aliansalud EPS en un CD.

⁸⁹ Definición de la Sociedad Española de Medicina Interna SEMI. Documento disponible en <https://www.fesemi.org/informacion-pacientes/conozca-mejor-su-enfermedad/retinosis-pigmentaria>

⁹⁰ *Ibidem*.

Adicionalmente, indicó que entre agosto de 1997 y abril de 2010 no cotizó al sistema de seguridad social ni tuvo vinculación laboral de carácter dependiente. Resaltó que a partir del mes de mayo de 2010 hasta junio de 2019 realizó aportes al sistema de pensiones de manera ininterrumpida en calidad de trabajadora independiente.

Seguidamente, la actora afirmó que debido a su patología era muy difícil acceder al mercado laboral dependiente, razón por la cual empezó a desarrollar actividades informales como vendedora de catálogo de suplementos alimenticios y productos para el aseo personal y del hogar, entre otros; además, como vendedora de dulces, puesto ambulante que era ubicado cerca de la vivienda de su hermana en la ciudad de Bogotá.

Añadió que desde mayo de 2010 su hermana le entrega una cuota de \$300.000 *“para realizar los aportes y parte de gastos básicos”*. De acuerdo con lo anterior, destacó que desde ese entonces los aportes al Sistema General de Seguridad Social los efectúa con dineros que no tienen origen en una actividad laboral materialmente desempeñada, ya que recibe ayuda económica de su familiar *“más los ingresos que [ella] obtiene por las ventas de catálogo”*.

59. Teniendo en cuenta la anterior afirmación, para la Sala no existe claridad sobre el origen de los aportes realizados por la actora entre mayo de 2010 y junio de 2019, pues se presentan dudas respecto de si las cotizaciones que efectuó al Sistema de General de Seguridad Social en Pensiones fueron producto del despliegue material, efectivo y personal de su fuerza de trabajo o si, por el contrario, fueron realizados con dineros que no tienen origen en una actividad laboral materialmente desempeñada por ella. Esto, en razón a que la accionante, de un lado, manifiesta que su hermana le brinda una ayuda económica para su manutención y el pago de aportes. Y de otro, sostiene que trabaja de manera informal vendiendo productos de catálogo, labor que podría entenderse como una actividad producto de su capacidad laboral residual.

En ese orden de ideas, no se encuentra acreditado que la accionante, con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, hubiese hecho aportes en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual entre los años 2010 a 2019. Razón por la cual, **esas semanas cotizadas no podrán ser tenidas en cuenta para efectos de la pensión de invalidez solicitada.**

60. Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, la Sala observa que existen una serie de cotizaciones entre los años 1995 y 1997, las cuales, debido al carácter dependiente de la relación de trabajo, se infiere son producto de una actividad laboral y residual de la accionante. A continuación se relacionan estos periodos:

Empleador	Periodo	Días cotizados
Protección S.A.	Mayo 1995	23
Protección S.A.	Junio 1995	30
Protección S.A.	Julio 1995	30

Protección S.A.	Agosto 1995	30
Protección S.A.	Septiembre 1995	30
Protección S.A.	Octubre 1995	30
Protección S.A.	Noviembre 1995	1
Consultora de Recursos Humanos Nexo Ltda	Junio 1997	15
Consultora de Recursos Humanos Nexo Ltda	Julio 1997	12
Total días cotizados	201	
Total semanas	28,71	

61. De este modo, la Sala constata que en el año 1997 la actora trabajó en la empresa Consultora de Recursos Humanos Nexo Ltda. en calidad de dependiente, durante veintisiete (27) días (15 días en junio y 12 en julio de 1997), producto de su capacidad laboral residual. En consecuencia, y de acuerdo con las reglas jurisprudenciales sobre la materia⁹¹, Protección S.A. estaba en la obligación de sumar ese tiempo y establecer como fecha de estructuración el **30 de julio de 1997** y no el 22 de febrero de 1996. Lo anterior, debido a que esta última fecha corresponde a la realización de los primeros exámenes de campos visuales practicados a la peticionaria y no a la fecha en que la solicitante realizó su última cotización, producto de una capacidad laboral residual.

iii) Con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez debidamente calificada, la persona cuenta con un número importante de semanas cotizadas

62. Teniendo en cuenta que el estado de discapacidad de una persona está asociado al padecimiento de enfermedades de deterioro progresivo, la Corte Constitucional ha establecido que para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez las entidades administradoras de pensiones deberán incluir las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la misma, las cuales se asumen realizadas en ejercicio de una capacidad laboral residual que, sin ánimo de defraudar al sistema, le permitió al afiliado seguir trabajando y realizar aportes.

63. Así mismo, esta Corporación ha establecido que cuando se trata de una *capacidad laboral residual*, la fecha que se debe tener en cuenta para otorgar una pensión de invalidez puede ser aquella en que el afiliado **i) realizó la última cotización; ii) solicitó el reconocimiento pensional; o iii) el día del dictamen de calificación**⁹².

⁹¹ Al respecto, la sentencia T-057 de 2017 precisó que “[e]n En tales eventos, en los que el estado de invalidez de una persona está asociado al padecimiento de enfermedades de carácter degenerativo, crónico o congénito, esta Corporación ha establecido que, para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, las entidades administradoras de pensiones deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la misma, las cuales se asumen efectuadas en ejercicio de una capacidad laboral residual que, sin ánimo de defraudar al sistema, le permitió seguir trabajando y haciendo sus aportes hasta perder toda capacidad productiva y funcional de forma permanente y definitiva. Lo anterior, como garantía efectiva del derecho fundamental a la seguridad social de sujetos en situación de debilidad manifiesta y como una medida tendiente a evitar que se genere enriquecimiento sin justa causa por parte de los fondos de pensiones”.

⁹² Sentencia SU-588 de 2016.

64. De acuerdo con lo antes expuesto, la Sala observa que la demandante realizó aportes al sistema pensional con posterioridad a la fecha de estructuración oficial de su invalidez entre junio y julio de 1997 y, de manera amplia e ininterrumpida, desde mayo de 2010 hasta junio de 2019, como lo refleja la historia laboral aportada al expediente.

65. Ahora bien, como ya se explicó en líneas anteriores, **las semanas de cotización efectuadas entre los años 2010 y 2019 no pueden ser tenidas en cuenta para efectos del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada por la actora, pues sobre las mismas no existe certeza que sean el resultado de su efectiva capacidad laboral residual.** Ello sin perjuicio de que resulten válidas para obtener una pensión de vejez, en el evento que la peticionaria solicite dicha prestación ante la autoridad administrativa o judicial correspondiente, pues para la eficacia de los aportes en materia de pensión de jubilación la jurisprudencia constitucional no ha exigido la comprobación de un origen fundado en una actividad laboral materialmente desarrollada por el aportante.

66. En este orden de ideas, y teniendo en cuenta que la señora Enira Yecenia Fernández Zárate tiene una enfermedad de deterioro progresivo y que con posterioridad a la fecha de estructuración trabajó un corto periodo de tiempo como asesora comercial en la empresa Consultora de Recursos Humanos Nexo Ltda. como dependiente y que, por ello, no existe evidencia que estas cotizaciones hayan sido realizadas con el propósito de defraudar el sistema, la Sala entiende que el último aporte realizado por la actora con sustento en su capacidad laboral residual ocurrió en el mes de julio de 1997. **En ese sentido, es este momento en el que se estructuró su invalidez y en el que se consolidó el derecho pensional reclamado.**

67. En tal virtud, la Sala tomará la fecha de la última cotización realizada al fondo de pensiones, esto es, el 30 de julio de 1997, para contabilizar las semanas necesarias exigidas por la ley para acceder a la pensión de invalidez, por ser el momento desde el cual la demandante perdió su fuerza laboral.

Del cumplimiento de los requisitos dispuestos para el reconocimiento de la pensión de invalidez de la accionante

La normativa aplicable en este caso para determinar si la actora tiene o no derecho al reconocimiento pensional es el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original. Lo anterior, debido a que esa era la norma vigente en materia de pensión de invalidez para el momento en que se estructuró la discapacidad de la peticionaria.

Por lo tanto, los requisitos dispuestos por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su texto original, son los siguientes:

“Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”.

68. Teniendo en cuenta la anterior disposición y aplicando a este caso concreto las reglas jurisprudenciales desarrolladas por esta Corporación respecto de las pensiones de invalidez de personas que sufren de una enfermedad congénita, crónica o degenerativa, esta Sala observa que la actora cumple con los requisitos para acceder al beneficio pensional, toda vez que cuenta con una pérdida de la capacidad laboral del 74.80% y cotizó 28,71 semanas al 30 de julio de 1997, momento en que se materializó su estado de invalidez. Lo anterior, en aplicación del literal a) del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, toda vez que al momento de la invalidez la accionante estaba cotizando al sistema de seguridad social en pensiones.

69. Con base en lo anterior, esta Sala concluye que Protección S.A. violó los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida, y a la seguridad social de la señora Enira Yecenia Fernández Zárate, al negar la prestación bajo el argumento que entre el 22 de febrero de 1995 y el 22 de febrero de 1996 no acreditaba las 26 semanas necesarias para acceder a la pensión⁹³, pues no tuvo en cuenta el periodo por ella trabajado producto de su capacidad laboral residual con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez que, en este asunto concreto, correspondió a los días laborados en los meses de junio y julio de 1997.

70. En consecuencia, se revocarán las decisiones adoptadas por los jueces de instancia que negaron el amparo constitucional y, en su lugar, se ordenará al fondo de pensiones accionado que en el término de 48 horas siguientes a la comunicación de esta sentencia, reconozca a la actora la pensión de invalidez a que tiene derecho y pague las mesadas causadas y no prescritas. Finalmente, en caso de que Protección S.A., haya pagado la devolución de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual a la actora, podrá descontar de las mesadas lo sufragado por dicho concepto sin que se afecte el derecho al mínimo vital de la beneficiaria.

III. DECISIÓN

⁹³ Se encuentra probado, sin que al respecto exista discrepancia entre las partes, que la señora Fernández Zárate entre el 22 de mayo de 1995 y el 30 de noviembre de 1995 tenía 25,37 semanas de cotización.

Con fundamento en las consideraciones expuestas, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo dictado por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de febrero de 2019 que, a su vez, confirmó el proferido por el Juzgado Décimo Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C. de 11 de enero de 2019, que negó la acción de tutela de la referencia. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna, y a la seguridad social de la señora Enira Yecenia Fernández Zárate.

Segundo: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, reconozca a la señora Enira Yecenia Fernández Zárate la pensión de invalidez y pague las mesadas causadas y no prescritas, conforme las consideraciones señaladas en esta providencia. En todo caso, Protección S.A., podrá descontar de las mesadas pensionales lo pagado por concepto de devolución de aportes, sin que se afecte el derecho al mínimo vital de la beneficiaria.

Por Secretaría General, **LÍBRESE** la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

