

Sentencia T-694/17



Referencia: expediente T-6291837

Acción de tutela instaurada por Luis Alfonso Aguirre Castro contra CITI Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y Comercializadora Internacional Santsimon S.A.

Magistrado Ponente:
JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Bogotá, D.C., noviembre veinticuatro (24) de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Cristina Pardo Schlesinger, Alberto Rojas Ríos y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y previo cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Sexto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, Sede Desconcentrada, Casa de Justicia Barrio Alfonso López de Santiago de Cali, el dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017), dentro de la acción de tutela promovida por Luis Alfonso Aguirre Castro contra CITI Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la que fueron vinculadas la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y la Comercializadora Internacional Santsimon S.A.¹

I. ANTECEDENTES

Luis Alfonso Aguirre Castro, con 43 años de edad² y calificado con el 66,35% de pérdida de capacidad laboral, presentó acción de tutela contra CITI Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, buscando el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. Consideró que dicha entidad, al negarle la pensión de invalidez bajo el argumento de que no cumplía con el requisito de haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez,

¹ El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio de Auto del veinticinco (25) de agosto de dos mil diecisiete (2017), proferido por la Sala de Selección Número Ocho.

² Nació el 27 de septiembre de 1974.

desconoció sus prerrogativas como persona de especial protección constitucional, conculcando su derecho a una vida digna.

El accionante soportó sus pretensiones en los siguientes

1. Hechos

1.1 Luis Alfonso Aguirre Castro indicó que desde el 14 de abril de 2008 está afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por CITI Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías (en adelante CITI), en condición de cotizante activo; que desde el año 2009 le fue diagnosticada la enfermedad de Huntington, de carácter crónica, degenerativa y congénita, que se manifiesta en la pérdida del movimiento, del habla, de la traslación y de agarre de elementos, y que conlleva así mismo al deterioro visual y de la coordinación, lo que le genera movimientos involuntarios tanto de los miembros inferiores como superiores, incapacitándolo para ejercer cualquier labor.

1.2 Señaló que el 10 de marzo de 2010 solicitó a esa entidad pensional, la calificación de la pérdida de su capacidad laboral, examen que fue realizado por MAPFRE Colombia Vida Seguros S.A., que dictaminó una pérdida de su facultad para trabajar del 66,35% por una enfermedad de origen común, teniendo como fecha de estructuración de la invalidez, el 7 de julio de 2009.

1.3 Refirió que pidió a CITI el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a que tiene derecho por haber cumplido fielmente los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en cuanto al porcentaje de pérdida de capacidad laboral y el número mínimo de semanas cotizadas al Sistema con anterioridad a la fecha de estructuración de la misma.

1.4 Señaló que el 7 de julio de 2010, tal entidad le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez bajo el argumento de que no cumplía con el número mínimo de semanas cotizadas al Sistema dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez (7 de julio de 2009), pues entre el 7 de julio de 2006 y el 7 de julio de 2009 tan sólo se reflejaban en su historia laboral 43,85 semanas de las 50 exigidas por ley.

Manifestó a renglón seguido, que le comunicó que debido a que no cumplía con los requisitos mínimos exigidos por la ley para que le fuera reconocida la pensión de invalidez, ponía a su disposición la totalidad del saldo abonado en su cuenta de ahorro individual pensional, *“alternativa que debí aceptar para poder continuar, con dichos recursos, con mi manutención, la de mi familia y el tratamiento de mi enfermedad”*³.

³ Folio 3 de la demanda.

1.5 Indicó que en septiembre de 2015 solicitó la revisión de su caso a un abogado de la familia, quien luego de estudiar y revisar a fondo la historia laboral expedida el 7 de octubre de 2013 por CITI, determinó que dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, o sea, entre el 7 de julio de 2006 y el 7 de julio de 2009, se reflejaban en la misma catorce cotizaciones entre el 1 de abril de 2008 (fecha de su filiación a ese Fondo) y el 7 de julio de 2009 (fecha de estructuración de su invalidez) correspondiente a 60,06 semanas cotizadas al Sistema, es decir, 10,06 semanas adicionales a las cincuenta exigidas.

1.6 Señaló que el 23 de noviembre de 2015 pidió a Colpensiones la expedición de su historia laboral a objeto de determinar si ante dicha administradora se había realizado cotización alguna a su nombre, informándosele que los aportes pensionales efectuados por su empleador Comercializadora Internacional Santsimon S.A. entre octubre de 2006 y marzo de 2007, o sea, dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, nunca fueron trasladados por el ISS hoy Colpensiones, a Colfondos al momento de su afiliación ante esa administradora (14 de abril de 2008).

Explicó que observó que en la historia laboral expedida por Colpensiones, se presentaba una inconsistencia en la afiliación y lo invitaba a acercarse a un Centro de Atención al Pensionado, e igualmente que los pagos efectuados por su empleador estaban en proceso de verificación.

Añadió que casi diez meses después de tramitación ante Colpensiones para la corrección de las inconsistencias en su historia laboral y ante CITI para el efectivo traslado de los aportes pensionales efectuados por su empleador Comercializadora Santsimon, el 11 de agosto de 2016 este Fondo Pensional le expidió su historia laboral en la cual ya aparecen relacionados los aportes efectuados a su nombre entre octubre de 2006 y marzo de 2007.

1.7 Indicó que para el 29 de septiembre de 2016, presentó ante Colfondos un derecho de petición mediante el cual solicitó la reconsideración de la negativa de la pensión de invalidez por haber cumplido fielmente desde la fecha de su petición inicial (10 de marzo de 2010) con el último requisito de que trata el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, en cuanto a la densidad de semanas cotizadas al Sistema dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, y por tanto, se ordenara el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 7 de julio de 2009.

1.8 Señaló que para el 22 de diciembre de 2016, CITI, mediante el Comunicado BP-R-I-L-22311-12-16 del 5 de diciembre de 2016, le dio respuesta a su petición, indicándole que objetaba su solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por dos razones: (i) por cuanto los aportes realizados por su empleador Comercializadora Santsimon

de octubre de 2006 a marzo de 2007 ante el ISS hoy Colpensiones, se habían realizado con anterioridad a la fecha de su afiliación ante ese Fondo Pensional, y (ii) porque al habersele negado injustamente la pensión de invalidez, había solicitado la devolución de sus aportes junto con los rendimientos financieros.

1.9 Agregó que debido a su enfermedad no cuenta con un ingreso mensual fijo para su sostenimiento y el de su familia (hijos menores de edad), todo ello como consecuencia de su condición de discapacidad física para laborar, lo cual genera inevitablemente su afectación al mínimo vital.

1.10 Su pretensión consiste en que luego de tutelar los derechos a la seguridad social y al mínimo vital, ligados a la vida e integridad personal, se ordene a CITI Colfondos que se le reconozca la pensión de invalidez a que tiene derecho desde el 7 de julio de 2009, por haber cumplido desde aquella fecha con las exigencias de que trata el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003⁴.

2. Trámite procesal

Mediante auto del 17 de febrero de 2017, el Juzgado Sexto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, Sede Desconcentrada, Casa de Justicia Barrio Alfonso López de Cali, admitió la demanda de tutela en contra de CITI Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, ordenó la vinculación de la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) y Comercializadora Internacional Santsimon S.A. y corrió el traslado respectivo⁵.

3. Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas

3.1 CITI Colfondos S.A.⁶

La entidad demandada se opuso a la tutela interpuesta, hallando que desde el año 2010 el señor Luis Alfonso estuvo informado de que en su caso no se agotaban los requisitos para la obtención de la pensión de invalidez dado que en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez no cotizó cincuenta semanas al Sistema General de Pensiones, razón por la cual no cumplió con el requisito de cobertura exigido por la Ley 860 de 2003.

Indicó que el señor Aguirre Castro se mostró conforme con la devolución de saldos con ocasión de la objeción de su pensión por invalidez, lo que se evidencia con el reporte adjunto del valor que se devolvió a su favor.

Expuso que en cumplimiento de lo preceptuado por la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003, Colfondos S.A. objetó su solicitud de pensión y procedió a

⁴ La demanda se encuentra de folios 1 a 8 del cuaderno principal.

⁵ Folio 57-1.

⁶ Folios 63 a 66-1.

realizar la devolución de saldos del artículo 72 de la Ley 100, con la que estuvo de acuerdo el accionante.

Como excepciones al amparo, la entidad propuso la inexistencia de la obligación y ausencia de la causa petendi, y que no se produjo la vulneración de derechos fundamentales.

Manifestó que el derecho a la pensión es renunciable y al peticionario le asiste una devolución de saldos como opción residual o subsidiaria, la cual procede cuando *“2. El afiliado adquiere el estatus de inválido y no causa pensión de invalidez”*⁷.

Refirió que el accionante se encuentra afiliado a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías desde el mes de abril de 2008; que la compañía de seguros MAPFRE dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 66,35% de origen común y fecha de estructuración 7 de julio de 2009; y que el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 establece 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.

Indicó que el artículo 39 de la Ley 100, reformado por el artículo primero de la Ley 860 de 2003, establece los requisitos para obtener la pensión de invalidez⁸, y con base en ello, se expidió el Comunicado BP-R-I-L-7095-07-10 del 7 de julio de 2010 en el que se le informó al accionante que no cumplía con el requisito de semanas exigidos por la Ley para gozar de una pensión de invalidez, y posteriormente, aceptó la devolución de saldos y procedió con el retiro del valor que se encontraba en la cuenta de ahorro individual.

Señaló que teniendo en cuenta tales consideraciones y en cumplimiento de lo preceptuado por las Leyes 100 de 1993 y 860 de 2003, Colfondos objetó la solicitud de pensión de invalidez del accionante, dando aplicación al artículo 72 de la primera de las normas citadas⁹, y le informó que si se encontraba de acuerdo con la objeción, se procederían a devolver en un 100%, en calidad de afiliado, los dineros que se encontraban acreditados en la cuenta individual de

⁷ Folio 62-1.

⁸ El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, reformado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, consagra: *“ARTICULO. 39.- Modificado por el art. 11, Ley 797 de 2003, Modificado por el art. 1, Ley 860 de 2003. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez. PARAGRAFO.-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley”*.

⁹ El artículo 72 de la Ley 100 de 1993 estipula: *“ARTICULO. 72.-Devolución de saldos por invalidez. Cuando el afiliado se invalide sin cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, se le entregará la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros y adicionado con el valor del bono pensional si a ello hubiera lugar. No obstante, el afiliado podrá mantener un saldo en la cuenta individual de ahorro pensional y cotizar para constituir el capital necesario para acceder a una pensión de vejez”*.

ahorro pensional, al igual que quedaría pendiente de cualquier información adicional, con la cual se pudiera determinar si cumplía con los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003 para acceder al beneficio de la pensión.

Enfatizó que no obstante ello, el accionante estuvo de acuerdo con la devolución de saldos y por ello se procedió a devolver los existentes en su cuenta individual, quedando tal administradora a paz y salvo con el accionante.

Refirió que al devolverse todo el capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, ha de declararse la improcedencia de la acción de tutela. Además encuentra que este mecanismo no es el idóneo para la reclamación hecha, ya que solamente el juez ordinario o el contencioso pueden reconocer pensiones cuando ello haya sido objeto de controversia.

3.2 Colpensiones¹⁰

Expresó que de acuerdo con los artículos 1º y 3º del Decreto 2011 de 2013, Colpensiones solamente puede asumir asuntos relativos a la administración del Régimen de Prima Media con Prestación Definida en materia pensional, toda vez que es el marco de su competencia, por lo que frente a la pretensión del actor de que se le reconozca la pensión de invalidez a que tiene derecho desde el 7 de julio de 2009, ésta no puede ser atendida por tal administradora por no ser de su resorte administrativo y funcional.

Refirió que como se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva, se deben negar las pretensiones del accionante.

3.3 Comercializadora Internacional Santsimon S.A.

La entidad vinculada no dio respuesta a la demanda pese a haber sido notificada en debida forma¹¹.

4. Pruebas documentales obrantes en el expediente

Dentro del trámite de tutela se aportaron las siguientes pruebas documentales:

4.1 Solicitud de reconsideración de la negativa de pensión de invalidez¹².

4.2 Fotocopia de la cédula de ciudadanía de Luis Fernando Aguirre Castro¹³.

4.3 Historia clínica del accionante¹⁴.

¹⁰ Folios 72 a 72-1.

¹¹ De ello obra constancia en el expediente a folios 62 y 74-1.

¹² Folios 9 a 12-1.

¹³ Folio 13-1.

¹⁴ Folios 14 a 24-1.

4.4 Comunicado de CITI a Luis Alfonso Aguirre Castro informándole que su solicitud de pensión de invalidez fue remitida a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. para que se efectúe la primera notificación y pérdida de capacidad laboral¹⁵.

4.5 Comunicado BP-R-I-L-7095-07-10 del 7 de julio de 2010 con el que se niega la pensión de invalidez a Luis Alfonso¹⁶.

4.6 Reporte de períodos cotizados al Fondo de Pensiones al 7 de octubre de 2013¹⁷. El mismo reporte obra en el expediente actualizado al 11 de agosto de 2016¹⁸.

4.7 Reporte de Colpensiones de semanas cotizadas en pensiones por parte de Luis Alfonso Aguirre Castro actualizado al 23 de noviembre de 2015, del período octubre de 2006 a marzo de 2007¹⁹. El mismo reporte aparece actualizado al 13 de enero de 2016²⁰.

4.8 Formulario de solicitud de correcciones de historia laboral del señor Aguirre Castro²¹.

4.9 Comunicado BZ2015_9230742-26611561 del 28 de septiembre de 2015 en el que Colpensiones comunica al accionante que recibieron su solicitud de corrección de historia laboral²².

4.10 Respuesta de Colpensiones SEM-782264 del 27 de octubre de 2015 en la que se informa al actor sobre la corrección de su historia laboral²³.

4.11 Escrito de Luis Alfonso Aguirre Castro a CITI del 4 de febrero de 2016 en que solicita el traslado de aportes pagados al ISS²⁴.

4.12 Comunicado SER-69141-02-126 del 19 de febrero de 2016 emitido por Colfondos al señor Aguirre Castro²⁵.

4.13 Comunicado SER-14792-04-16 del 01 de abril de 2016 emitido por Colfondos al señor Luis Alfonso²⁶.

4.14 Comunicado BP-R-I-L-22311-12-16 del 5 de diciembre de 2016 proferido por Colfondos al accionante en el que ratifica la negativa

¹⁵ Folio 25-1.

¹⁶ Folios 27 a 29-1.

¹⁷ Folios 30 a 31-1.

¹⁸ Folios 46 a 47-1.

¹⁹ Folio 32-1.

²⁰ Folio 40-1.

²¹ Folios 33 a 34-1.

²² Folio 35-1.

²³ Folios 36 a 37-1.

²⁴ Folio 39-1.

²⁵ Folio 43-1.

²⁶ Folio 44-1.

pensional²⁷.

4.15 Registro civil de nacimiento de los hijos del actor²⁸.

4.16 Declaración extraprocesal de Mónica María Alomías González, compañera sentimental del accionante, y fotocopia de su cédula de ciudadanía²⁹.

5. Decisión que se revisa

El Juzgado Sexto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, Sede Desconcentrada, Casa de Justicia Barrio Alfonso López de Santiago de Cali, mediante sentencia del dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017) declaró improcedente la acción de tutela presentada por Luis Alfonso Aguirre Castro contra CITI Colfondos.

Para llegar a esa conclusión, luego de citar la Sentencia T-230 de 2014 de la Corte Constitucional, explicó que esta Corporación en su reiterada jurisprudencia ha regulado lo concerniente al otorgamiento de la pensión por invalidez por vía de la acción de tutela, recalcando que el uso del amparo debe ser subsidiario y residual a la competencia asignada en esta materia por el legislador al juez ordinario en la especialidad laboral, o al juez contencioso administrativo, dependiendo de las particularidades de cada asunto, por lo cual la procedencia de la misma es excepcional.

Señaló que dentro del expediente quedó probado que el señor Luis Alfonso Aguirre Castro: (i) cotizó al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, encontrándose afiliado a CITI Colfondos desde el 14 de abril de 2008; (ii) que el mismo padece de trastorno depresivo recurrente y enfermedad de Huntington; (iii) que desde el año 2010 cuenta con calificación de pérdida de capacidad laboral del 66,35% con fecha de estructuración 7 de julio de 2009; (iv) que por no cumplir con lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, la entidad accionada negó el reconocimiento de la pensión, procediendo a -entregarle la totalidad de los aportes, recibidos por él; y, (v) que frente a la solicitud de reconsideración del actor, dada una situación sobreviniente y posterior al recibo de sus aportes en pensiones, verificando que en su historial de cotización hacían falta semanas por ser incluidas con las cuales cumplía el número de semanas requeridas para obtener el beneficio de su pensión por invalidez, fue negada por la accionada bajo el argumento de haberle entregado con anterioridad el total de los aportes contenidos en su cuenta de ahorro individual y toda vez que las cotizaciones no fueron efectuadas en ese fondo sino en Colpensiones.

²⁷ Folios 49 a 50-1.

²⁸ Folios 51 a 52-1.

²⁹ Folios 53 a 55-1.

Expresó que conforme a las reglas jurisprudenciales de este Tribunal, para que proceda la acción de tutela por pensión de invalidez, se ha contemplado entre otras, que el amparo se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o bajo la verificación de que los demás mecanismos de defensa con los que cuenta el actor no son efectivos, supuestos que en este caso no concurren.

Acerca del perjuicio irremediable indicó que no se avizora un menoscabo de tal carácter, pues no se evidencia una afectación real del derecho al mínimo vital del accionante, habida cuenta que el Fondo de Pensiones accionado cumplió cabalmente con el deber que para el momento le correspondía en el sentido de devolver los aportes obrantes en la cuenta de ahorro individual del actor, por el no cumplimiento de los requisitos para el reclamo de la pensión.

Añadió que a raíz de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 100 y el recibo de esos aportes junto con los respectivos rendimientos financieros, se presenta una sustitución al derecho de pensión creada dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud para el amparo efectivo del derecho al mínimo vital.

Sobre los demás medios de defensa precisó que el actor no se encuentra exento de llevar la discusión ante el juez ordinario laboral como funcionario competente para determinar cuál de las partes tiene razón en sus argumentos, debiéndose respetar el carácter subsidiario y residual de la tutela.

Finalmente hizo referencia a lo que en su criterio eran los demás requisitos que deben verificarse para analizar la procedencia de la acción, indicando que se trata de las siguientes tres exigencias:

i) Cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional debido a su condición de debilidad manifiesta, que hace menos riguroso o restrictivo el juicio de procedibilidad de la acción. Sobre la enfermedad de tipo degenerativo del accionante, indicó que tal juicio de procedibilidad de la acción quedaba relegado a lo ya expuesto, habida cuenta que él mismo afirmó haber recibido del fondo de pensiones accionado la devolución total de sus aportes, lo cual evidencia que aquel no se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad, sin que pueda entrar a verificarse otra circunstancia que lo haga merecedor de ser calificado como sujeto de especial protección.

ii) Cuando como consecuencia de la vulneración al derecho a la seguridad social se atenta contra derechos fundamentales como la vida, el mínimo vital y/o el debido proceso. Se ratificó lo ya indicado sobre el recibo voluntario de los aportes en la cuenta de ahorro individual del actor, lo que demuestra la no afectación de su derecho al mínimo vital, adicional a que el Fondo dio cumplimiento a lo dispuesto en la ley.

iii) Cuando los medios de defensa con los que cuenta el accionante no puedan

brindar una protección inmediata de los derechos afectados y por tanto no sean eficaces o se busque evitar un perjuicio irremediable. En este apartado se manifestó que el actor no agotó la vía ordinaria para obtener la protección de sus derechos, sino que acudió directamente a la acción de amparo para lograr la satisfacción de sus intereses, desconociendo el hecho de que el juez de tutela no puede desplazar al juez ordinario, que tiene mayores facultades instructivas y probatorias para dirimir la controversia.

El fallo fue impugnado por el accionante, pero como lo hizo de manera extemporánea, fue negado el recurso en auto del 17 de marzo de 2017³⁰, disponiéndose el envío de la actuación a esta Corte para su eventual revisión³¹, que es a lo que se procede.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para revisar los fallos de tutela, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico y metodología por utilizar

Debe la Sala resolver si CITI Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, al negarle la pensión de invalidez al señor Luis Fernando Aguirre Castro por considerar que no cumple con el requisito relacionado con el número mínimo de semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

Para resolver tal cuestión, y antes de abordar el caso concreto, iniciará la Sala con el estudio de i) la procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de reconocimiento de prestaciones de carácter pensional; luego seguirá con ii) una breve semblanza sobre la corea de Huntington como enfermedad crónica, degenerativa y congénita; posteriormente abordará iii) el deber de las administradoras de pensiones de considerar, al estudiar una solicitud de pensión de invalidez, las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez cuando el afiliado padece una enfermedad crónica, degenerativa y congénita, tal como lo ha reconocido de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Corte; después v) el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela y el perjuicio irremediable frente a un sujeto de especial protección constitucional; y por último, vi) el principio de inmediatez que caracteriza al mecanismo de amparo.

³⁰ El auto del Juzgado resuelve: “NIEGUESE la impugnación presentada por el señor LUIS ALFONSO AGUIRRE CASTRO, en su calidad de accionante respecto de la sentencia No. T-00045 de fecha 2 de marzo de 2017 dictada dentro del presente trámite por ser extemporánea.” (fl. 91-1).

³¹ Folio 91.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela en materia de reconocimiento de prestaciones de carácter pensional

3.1 De forma reiterada, esta Corte ha señalado que la acción de tutela es un instrumento de defensa judicial de carácter subsidiario y residual a través del cual se logra el amparo de derechos fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos determinados en la ley.

Ese carácter subsidiario y residual, significa que solo es procedente cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo estos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable³², bajo el entendido de que la ley determina las competencias para definir cada asunto y por tanto no puede pretenderse que a través de un mecanismo preferente y sumario como la tutela, se decidan los temas que corresponden de manera específica a otras especialidades.

Ello implica que los conflictos jurídicos en los que se alegue la vulneración de derechos fundamentales, en principio, deben ser resueltos a través de los distintos medios ordinarios de defensa previstos en la ley, y solo ante la ausencia de dichos mecanismos o cuando ellos no resulten idóneos o eficaces para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, es procedente acudir, de manera directa, al amparo.

A pesar de lo anterior, la idoneidad o eficacia de tales mecanismos debe ser analizada por el juez de tutela frente a la situación particular y concreta de quien invoca la protección, en la medida en que una interpretación restrictiva del texto superior podría suponer la conculcación de prerrogativas superiores, si con el ejercicio de dichos mecanismos no se logra el resguardo efectivo de derechos.

3.2 En lo que atañe al reconocimiento de prestaciones sociales en materia pensional, la jurisprudencia constitucional ha sentado una sólida doctrina conforme a la cual, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para lograr tal aspiración. Empero, de forma excepcional se ha admitido su procedencia cuando tales acciones pierden eficacia jurídica para alcanzar el objeto que buscan proteger, concretamente, cuando un análisis de las circunstancias del caso así lo determina³³.

³² A propósito del concepto de perjuicio irremediable, desde sus primeros pronunciamientos esta Corte ha expresado que, para determinar la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como la inminencia, que exige medidas inmediatas; la urgencia que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente; y la gravedad de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. Así se reiteró en la Sentencia T-106 de 2017, retomando lo expuesto en las Sentencias T-789 de 2003 y T-225 de 1993, entre otras.

³³ Sentencia T-920 de 2009.

Es bajo tal consideración que la Corte ha admitido la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones, cuando el titular del derecho en discusión es un sujeto de especial protección constitucional o que por su condición económica, física o mental se encuentra en situación de debilidad manifiesta, lo que permite otorgarle un tratamiento especial y preferente, pues someterlo a los rigores de un proceso judicial puede resultar desproporcionado y lesivo de sus derechos, sin que ello signifique, claro está, que la condición de la persona por sí misma implique la procedencia de la acción³⁴.

Para que el mecanismo de amparo logre desplazar la labor del juez ordinario o contencioso, según el caso, es también necesario acreditar, por una parte, la ocurrencia de un perjuicio irremediable³⁵ y, por la otra, que acudir a otra vía judicial puede comprometer aún más sus derechos³⁶.

3.3 En suma, aunque la tutela es improcedente para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones de carácter pensional, por cuanto para ello el legislador ha previsto otros medios judiciales, cuando se está frente a sujetos que por su condición particular se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, la misma será procedente para estos efectos, siempre y cuando se encuentre acreditada la ocurrencia de un perjuicio irremediable, derivado de la amenaza, vulneración o grave afectación de derechos de raigambre fundamental, que no puedan ser protegidos oportunamente a través de dichos mecanismos.

4. La enfermedad de Huntington como crónica, degenerativa y congénita

La corea³⁷ de Huntington es una enfermedad degenerativa, crónica y congénita, que provoca el desgaste de algunas células nerviosas del cerebro y cuyos síntomas iniciales pueden incluir movimientos descontrolados, torpeza y problemas de equilibrio, que más adelante impiden caminar, hablar y tragar³⁸, a la que hace referencia esta Sala de Revisión en esta providencia, en el entendido de que la naturaleza de ese padecimiento es la que hace que el mecanismo de amparo pueda ser utilizado excepcionalmente, cuando se trata del reconocimiento de la pensión de invalidez y se niega por las administradoras de pensiones sin tener en consideración las premisas que al respecto ha planteado esta Corte.

Tal como viene de exponerse, existe un requisito general de improcedencia de la tutela cuando se trata del reconocimiento de prestaciones de carácter

³⁴ Sentencia T-897 de 2010.

³⁵ La jurisprudencia constitucional ha señalado que éste consiste en un riesgo inminente que se produce de manera cierta y evidente sobre un derecho fundamental, que de ocurrir, no otorga forma alguna de reparar el daño.

³⁶ Sentencias T-391 de 2013, T-209 de 2010, T-500 de 2009, y T-711 y T-083 de 2004.

³⁷ Se le llama corea, porque se trata de movimientos espasmódicos involuntarios o contracciones musculares.

³⁸ <https://medlineplus.gov/spanish/huntingtonsdisease.html>. Información consultada el 19 de octubre de 2017 en la página Medline Plus.

pensional, que tiene su excepción cuando se está ante padecimientos de esta índole, y que entonces justifica que la Corte haga alusión al tema, pues la corea de Huntington, que se produce por un deterioro de las neuronas que causa movimientos incontrolados, pérdida de facultades intelectuales y alteraciones emocionales, ha sido catalogada, y así lo ha reconocido este Tribunal, como una enfermedad crónica, degenerativa y congénita³⁹.

5. El deber de las administradoras de pensiones de considerar, al estudiar una solicitud de pensión de invalidez, las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez cuando el afiliado padece una enfermedad degenerativa

5.1 El artículo 39 de la Ley 100 de 1993⁴⁰, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003⁴¹, se ocupa de establecer los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, la cual se obtiene cuando la persona haya perdido el 50% o más de su capacidad laboral⁴² y acredite 50 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

En lo que atañe a la fecha de su estructuración, el artículo 3° del Decreto 1507 de 2014⁴³, establece que la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado esta. La misma norma refiere que 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.

En la Sentencia C-606 de 2012 se hizo hincapié en que las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección por parte del Estado y de la sociedad en general, por lo que tanto instituciones como individuos deben facilitar de una forma activa el ejercicio de los derechos de este sector de la población, de modo que deben ser protegidas: (i) mediante la prohibición de medidas negativas o restrictivas que constituyan obstáculos o barreras para hacer efectivos sus derechos; y (ii) mediante medidas de acción positiva o acciones afirmativas de tipo legislativo, administrativo o de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos de dicho colectivo de personas.

5.2 Teniendo en cuenta que el sistema de pensiones cubre el riesgo de

³⁹ La Corte ha hecho referencia a la corea de Huntington como enfermedad crónica, degenerativa y congénita en las Sentencias T-719 de 2015, T-023 de 2013 y T-494 de 2003.

⁴⁰ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

⁴¹ “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”.

⁴² Artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y artículo 3° del Decreto 1507 de 2014.

⁴³ Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional.

invalidez superior al 50%, tal como lo establece la Ley 100 de 1993, esta Corte ha interpretado que las personas cuya pérdida de capacidad laboral sea producto de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, tienen derecho a que la fecha de estructuración de la invalidez corresponda al momento en que efectivamente pierden la mitad de su capacidad laboral⁴⁴.

Se entiende entonces que la situación de invalidez para seguir ofreciendo la fuerza de trabajo al mercado laboral genera la incapacidad y, en consecuencia, la imposibilidad de obtener el sustento económico, así como continuar efectuando cotizaciones al sistema general de seguridad social.

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, y existen otros, como el caso de las enfermedades degenerativas, en las que la fuerza de trabajo va disminuyéndose poco a poco y, por ello, a pesar del deterioro en el estado de salud, la persona tiene momentos de capacidad productiva y continúa cotizando al sistema de seguridad social, hasta un momento en que no puede hacerlo más.

Allí es donde resulta de vital importancia la intervención de las entidades que se encargan de efectuar la calificación de la pérdida de capacidad laboral, tal como lo regula el artículo 3° del Decreto 1507 de 2014.

Como se indicó en la Sentencia T-580 de 2014, frente a estas situaciones, este Tribunal ha destacado que los responsables de efectuar esa calificación 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 después⁴⁵.

Ello, en la medida en que son muchos los eventos en los que los trabajadores, no obstante padecer una enfermedad degenerativa, crónica o congénita, su estado de salud les permite desarrollar actividades productivas con relativa normalidad y, en esa medida, seguir cotizando al sistema general de pensiones, hasta que llega un momento en el que la progresión de la enfermedad es tal, que les impide, de manera definitiva, seguir ejerciendo su trabajo para obtener su sustento y, de esta manera, aportar al sistema.

Es en ese tipo de situaciones en los que esta Corte ha establecido que para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, las entidades administradoras de pensiones deben 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 el sistema, le permitió seguir trabajando y haciendo sus aportes

⁴⁴ Cfr. Sentencia T-427 de 2012.

⁴⁵ Sentencia T-580 de 2014.

hasta perder toda capacidad productiva y funcional de forma permanente y definitiva.

En la Sentencia T-563 de 2017 la Corte Constitucional destacó que el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez, de conformidad con la normativa vigente, está sujeto a que se acredite, (i) un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, producto de la calificación que realice la autoridad médico laboral correspondiente, y (ii) que se acredite haber cotizado, por lo menos, 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, o 26 semanas para el caso de las personas menores de 26 años.

En cuanto a la adecuación de esta última exigencia a la Constitución Política, señaló que en casos concretos, esta Corporación, mediante la sentencia SU-588 de 2016 unificó su jurisprudencia, *“respecto de la capacidad laboral residual en el caso de enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas”*, que, en los términos de la providencia de unificación, corresponden a *“patologías que debido a sus características, se presentan desde el nacimiento o son de larga duración y progresivas, la evaluación no resulta tan sencilla, puesto que el momento asignado como aquel en el cual se perdió definitivamente la capacidad para laborar suele coincidir con el día del nacimiento o uno cercano a este, así como con la fecha del primer síntoma de la enfermedad o la del diagnóstico de la misma”*.

Indicó la providencia que esta tesis modula la exigencia de acreditar, dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, el mínimo de semanas que exige el ordenamiento jurídico, según la edad del cotizante.

Del mismo modo se indicó en la SU-588 de 2016 que en los supuestos que consagra el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, es posible considerar las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez y hasta tanto se compruebe la pérdida definitiva de la capacidad laboral residual⁴⁶, para efectos de acreditar el número mínimo que exige el ordenamiento jurídico en cada caso concreto.

⁴⁶Con relación a esta expresión, en la sentencia SU-588 de 2016 se señala lo siguiente: *“Respecto de la capacidad laboral residual, esta Corte ha indicado que se trata de la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas, pese a las consecuencias de la enfermedad. En consideración de este elemento, a la Administradora de Fondos de Pensiones le corresponde comprobar que el beneficiario trabajó y, producto de ello, aportó al Sistema durante el tiempo que su condición se lo permitió o que consideró prudente (en el caso de las enfermedades únicamente congénitas). De la misma manera, tendrá que corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las 50 semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de cotizaciones que resulten de una actividad laboral efectivamente ejercida. 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”*.

Se estableció que dicha regla se fundamenta en el argumento de que en caso de no hacerlo, se impondría a la persona una condición imposible de cumplir y se estarían desconociendo una serie de principios de orden constitucional tales como: (i) la universalidad; (ii) la solidaridad; (iii) la integralidad; (iv) la prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social, así como (v) la buena fe. Además, con este proceder se estarían vulnerando los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad, que son sujetos de especial protección constitucional

Tales supuestos, según se indica en la providencia de unificación, han sido conocidos por este Tribunal por dos vías. La primera, cuando la acción se interpone contra las autoridades que profieren el dictamen de pérdida de la capacidad laboral. La segunda, cuando el amparo se solicita en contra de las administradoras y aseguradoras que niegan el reconocimiento pensional.

Expuso la Corte en aquella ocasión, que una vez la competencia es asumida por 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.

5.3 Tal tesis es el producto de la 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 pensiones⁴⁷.

De ahí que en la Sentencia T-040 de 2015 se haya indicado que una cosa es cuando la invalidez proviene de un accidente o una enfermedad que le generó la pérdida de capacidad laboral de manera inmediata, por lo que la fecha de estructuración fijada en el dictamen médico legal coincide con la fecha de la ocurrencia del hecho, y otra es cuando la persona inválida padece de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, y la pérdida de la capacidad laboral se presenta de manera paulatina, existiendo la posibilidad de que si tal circunstancia no es tomada en cuenta por las autoridades competentes, la fecha consignada en el dictamen sea diferente a aquella en que efectivamente perdió su capacidad para trabajar de manera permanente y definitiva.

Es bajo esas circunstancias que esta Corporación ha señalado que, “las

⁴⁷ Consultar, entre otras, las sentencias T- 575 y T-013 de 2015, T-946 y T- 886 de 2014, y T-163 de 2011.

personas que padezcan de una de estas enfermedades, que hayan conservado una capacidad laboral residual después de ser diagnosticadas y que hayan seguido trabajando, tienen derecho a que el fondo de pensiones les reconozca los aportes que realizaron con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, y hasta el momento en que perdieron su fuerza de trabajo de manera permanente y definitiva”⁴⁸.

A este efecto la Corte se remite a lo ya expuesto en la Sentencia T-789 de 2014, donde se citaron algunos casos que ha conocido y que se refieren al reconocimiento de la pensión de invalidez a personas que sufren enfermedades catastróficas, degenerativas o congénitas y a las que se les ha establecido una fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral que realmente no corresponde con su real disminución de su fuerza de trabajo y, por el contrario, posterior a dicha fecha, han podido seguir laborando y cotizando al sistema general de pensiones⁴⁹.

Y de igual manera se adhiere a lo señalado en la Sentencia SU-588 de 2016 que unificó la jurisprudencia respecto de la capacidad laboral residual en el caso de enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas, al igual que a lo resuelto en las Sentencias T-563 y T-057 de 2017, que reiteraron la posición del Tribunal en torno a este tópico.

Lo anterior evidencia que es criterio de la Corte que la fecha de estructuración de la invalidez corresponda al momento en que la persona perdió de manera permanente y definitiva el 50% de su capacidad laboral, si es que la misma fue generada con ocasión de una enfermedad degenerativa o congénita, en atención a que a tales personas se les disminuye de manera progresiva su capacidad laboral, por lo que se encuentran en estado de invalidez para efectos de acceder a los beneficios del sistema pensional cuando hubieren perdido al menos el 50% de su fuerza de trabajo.

Por tanto, como lo ha reiterado este Tribunal, las personas que padecen enfermedades de esta especie, y que hayan conservado una capacidad laboral

⁴⁸ Sentencia T-040 de 2015 referida. En este sentido, ver también las Sentencias T-563 y T-057 de 2017.

⁴⁹ En la T-789 de 2014 se citaron, para el tema que concierne, los siguientes casos: la **T-699A de 2007**, que trata sobre un tutelante que contrajo VIH y contaba con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50 %; la **T-561 de 2010**, que reconoció una pensión de invalidez que había sido negada ya que la fecha de estructuración impuesta, fijada 21 años atrás, reducía a 17 semanas el tiempo cotizado por la actora; la **T-671 de 2011**, en la que se estudió el caso de una señora que le fue modificada por el Instituto de Seguro Social, la fecha de estructuración de la enfermedad del 27 de febrero de 2009 al 13 de marzo de 1981, con una pérdida de la capacidad laboral del 64.64 %; la **T-427 de 2012**, en que se estudió un caso de retardo mental leve, en el cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, confirmó la calificación y la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del accionante, argumentando que la patología calificada se identificó en el desarrollo general del retardo, el cual se presentó a partir del nacimiento, el 11 de agosto de 1964; la **T-022 de 2013**, que trata sobre el caso de una señora que fue evaluada el 29 de febrero de 2012, y mediante dictamen del 7 de marzo de 2012, fue calificada con un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del 53.15 %, con fecha de estructuración del 24 de marzo de 1980, es decir, desde su nacimiento; y en la **T-483 de 2014**, en que se estudió el caso de un hombre al que se le negó la pensión de invalidez argumentando que la fecha en que se fijó la estructuración de su pérdida de capacidad laboral era concomitante con su día de nacimiento, por lo que no tenían ninguna semana cotizada al sistema de seguridad social en pensiones con anterioridad a la fecha de estructuración.

residual luego de ser diagnosticadas y que hayan seguido trabajando, tienen derecho a que el fondo de pensiones les reconozca los aportes que realizaron con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez.

En suma, cuando las administradoras de pensiones al momento de estudiar la pensión de invalidez dejan de reconocer a las personas que padecen una enfermedad degenerativa, crónica y congénita las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, en aplicación de la capacidad laboral residual, están incumpliendo el deber que les ha impuesto la jurisprudencia de la Corte y en el que ha sido insistente de cara a la protección de personas que ostentan una condición especial.

6. La subsidiariedad de la acción de tutela y el perjuicio irremediable frente a un sujeto de especial protección constitucional

6.1 El artículo 86 de la Carta de 1991 describe el principio de subsidiariedad de la tutela, al precisar que: *“Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*.

A partir de esa expresión legal y de lo que tiene sentado esta Corporación, aun cuando el amparo ha sido previsto como un instrumento de defensa judicial para la protección inmediata de los derechos fundamentales, la propia Constitución Política le reconoce un carácter subsidiario y residual, lo cual significa que solo es procedente supletivamente, o sea, cuando no existan otros medios de defensa a los que se pueda acudir, o cuando existiendo éstos, se promueva para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En cuanto el ordenamiento jurídico cuenta con un sistema judicial de protección de los derechos constitucionales, la procedencia excepcional de la tutela se justifica en razón a la necesidad de preservar el orden regular de competencias asignadas por la ley a las distintas autoridades jurisdiccionales, buscando con ello no solo impedir su paulatina desarticulación sino, también, garantizar el principio de seguridad jurídica.

Por tal razón ha indicado este Tribunal que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza⁵⁰.

Así pues, no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario de los establecidos por la ley para la defensa de los

⁵⁰ T-451 de 2010. En este sentido revisar las Sentencias T-847 de 2014 y T-061 de 2013, entre otras.

derechos, pues con ella no se busca reemplazar los procesos ordinarios o especiales y, menos aún, desconocer los mecanismos dispuestos en estos procesos para controvertir las decisiones que se adopten.

Empero, la jurisprudencia constitucional ha establecido dos excepciones al principio de subsidiariedad de la acción de tutela: (i) la primera, está consignada en el propio artículo 86 Superior al indicar que aun cuando existan otros medios de defensa judicial, la tutela es procedente si con ella se pretende evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. La segunda (ii), prevista en el artículo 6° el Decreto 2591 de 1991, que enseña que también procede cuando el mecanismo ordinario de defensa no es idóneo, ni eficaz para la protección inmediata y plena de los derechos fundamentales en juego, caso en el cual opera como mecanismo definitivo de protección.

En las dos situaciones descritas, se ha considerado que la tutela es el mecanismo procedente para proteger, de manera transitoria o definitiva, los derechos fundamentales, según lo determine el juez de acuerdo con las circunstancias que rodean el caso.

En cuanto a la primera excepción, parte de la base de que la persona cuenta con un medio idóneo y eficaz para la defensa de sus derechos pero que, con miras a evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, la tutela se convierte en un mecanismo procedente para brindarle la protección transitoria a sus garantías mientras el juez competente resuelve el caso.

Al respecto, la jurisprudencia ha precisado que únicamente se considerará que un perjuicio es irremediable cuando, de conformidad con las circunstancias del caso particular, sea: (a) **cierto e inminente** –esto es, que no se deba a meras conjeturas o especulaciones, sino a una apreciación razonable de hechos ciertos-, (b) **grave**, desde el punto de vista del bien o interés jurídico que lesionaría, y de la importancia de dicho bien o interés para el afectado, y (c) de **urgente atención**, en el sentido de que sea necesaria e inaplazable su prevención o mitigación para evitar que se consume un daño antijurídico en forma irreparable⁵¹.

Con respecto a la segunda excepción, ha señalado la Corte que el medio debe ser **idóneo** para lograr el cometido concreto, cierto, real, a que aspira la Constitución cuando consagra ese derecho⁵², de modo que si el medio judicial concreto no cumple con dichas características, y por el contrario, el derecho en juego no puede ser restablecido, procede la solicitud de amparo constitucional como medio definitivo de protección al bien jurídico.

De tal manera que la tutela no puede utilizarse para desplazar al juez ordinario de la resolución de los procesos que por ley le corresponde

⁵¹ Pueden verse, entre otras, las Sentencias T-328 y T-106 de 2017, T-440 de 2014, T-333 de 2011 y T-494 de 2010.

⁵² En este sentido, Sentencias T-037 de 2014, T-406 de 2010 y T-003 de 1992.

tramitar, y solo subsidiariamente, en casos de inminente perjuicio para los derechos fundamentales, aquella puede invocarse para pedir una protección transitoria o definitiva.

Este Tribunal ha sido claro en manifestar que este tipo de protección se encuentra vinculado a las causales ya expuestas. Cuando se acredita la existencia del perjuicio irremediable, el amparo a otorgar será transitorio, pues una vez solventada la situación que ameritaba la intervención inmediata del juez, le resulta posible al actor acudir a los mecanismos legales ordinarios para la defensa de sus derechos.

Igualmente ha expresado que en el caso en el que el mecanismo ordinario de protección resulte ineficaz o inidóneo, la tutela a otorgar será definitiva, pues la protección que esta pueda conceder, no salvaguardaría los derechos fundamentales en discusión o implicaría en sí misma, una afectación a los derechos fundamentales del accionante.

6.2 Aparte de lo anterior, ha de tenerse también en consideración la existencia de situaciones que inciden de manera directa en el análisis del caso, de cara a las condiciones particulares del accionante, en donde el rigor de las disposiciones constitucionales se hace menos exigente como cuando se está ante sujetos de especial protección constitucional.

El artículo 13 de la Constitución Política le impone al Estado el deber de proteger especialmente a aquellas personas que por sus condiciones físicas o mentales se encuentran en circunstancia de debilidad manifiesta y su artículo 47, el de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos.

La Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas en situación de discapacidad (aprobada mediante la Ley 762 de 2002⁵³) y de la Convención sobre los derechos de estas personas (aprobada mediante la Ley 1346 de 2009), establecen el deber de los Estados parte de garantizarles el acceso a una justicia material y efectiva y la protección especial de sus intereses e integridad personales.

Como claramente se reconoce en la Sentencia T-933 de 2013, la protección de los derechos humanos de las personas que se encuentran en alguna situación de discapacidad, se aborda en la actualidad desde lo social, o sea que se asume desde el punto de vista de la diversidad y de la aceptación de la diferencia, modelo que tiene una visión amplia, pues (i) supera el primero centrado en la caridad y el asistencialismo y, (ii) parte de que no sólo debe abordarse la discapacidad desde el punto de vista médico o de rehabilitación,

⁵³ De conformidad con su artículo I.1, “El término ‘discapacidad’ significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

sino también desde el aprovechamiento de todas las potencialidades que tienen los seres humanos, independientemente del tipo de discapacidad.

La jurisprudencia de esta Corte⁵⁴ ha reconocido que las personas que se encuentran en alguna circunstancia de discapacidad tienen una protección constitucional reforzada, de conformidad con los artículos 13 y 47 de la Constitución y a la luz de la Convención -entre otros instrumentos internacionales-⁵⁵, razón por la cual el Estado tiene el compromiso de adelantar acciones efectivas para promover el ejercicio pleno de sus derechos.

7. El requisito de inmediatez del mecanismo de amparo

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la acción de tutela debe interponerse en un término prudencial contado a partir de la acción u omisión que amenaza o genera una afectación a los derechos fundamentales, tal como se reiteró en Sentencia T-480 de 2017, donde se citó la doctrina que de tiempo atrás ha sostenido esta Corporación (la Sentencia SU-961 de 1999), que estimó que *“la inexistencia de un término de caducidad no puede significar que la acción de tutela no deba interponerse dentro de un plazo razonable. La razonabilidad de este plazo está determinada por la finalidad misma de la tutela, que debe ser ponderada en cada caso concreto”*.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional ha reiterado 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”*.⁵⁶

Adicionalmente, la Corte indicó⁵⁷ que el cumplimiento del requisito de inmediatez se puede exceptuar en los siguientes eventos: (i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual y, (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros⁵⁸.

Habiendo dejado sentadas las bases de la decisión que ha de adoptarse, pasa la Sala a abordar el asunto en particular.

⁵⁴ Ver Sentencia T-769 de 2013.

⁵⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas en situación de discapacidad; Declaración de derechos de los impedidos de la Asamblea General, Convención sobre los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad.

⁵⁶ Sentencia T-521 de 2013.

⁵⁷ Sentencia SU-339 de 2011.

⁵⁸ Cfr. Sentencias T-209 de 2015, T-998 de 2012, T-584 de 2011 y Sentencia T-158 de 2006.

8. Caso concreto

8.1 Presentación del caso. Las gestiones del actor.

8.1.1 De los anexos de la demanda y de la exposición hecha en ella, se pudo establecer que en este evento el señor Luis Fernando Aguirre Castro, es una persona que cuenta en este momento con 43 años de edad y que padece de la enfermedad de Huntington.

A raíz de tal situación, y en vista de que se encontraba afiliado a CITI Colfondos desde el 14 de abril de 2008, solicitó el 10 de marzo de 2010 la calificación de la disminución ocupacional, valoración que realizó MAPFRE Colombia Vida Seguros S.A. en junio de ese año y que determinó una pérdida de la capacidad laboral del 66,35% y como fecha de estructuración el 7 de julio de 2009.

Frente a la solicitud que para el 10 de marzo de 2010 realizó el actor y con el resultado obtenido de la pérdida de capacidad laboral, Colfondos emitió el comunicado BP-R-I-L-7095-07-10 del 7 de julio de 2010⁵⁹, a través del cual le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez bajo el argumento de que no cumplía con el número mínimo de semanas cotizadas al Sistema dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, entre el 7 de julio de 2006 y el 7 de julio de 2009, obteniendo tan sólo 43,85 semanas en su historia laboral.

A partir de esta situación y de que Colfondos le comunicó al actor que debido a que no cumplía con los requisitos mínimos exigidos por la ley para que le fuera reconocida la pensión ponía a su disposición la totalidad del saldo abonado en su cuenta de ahorro individual pensional, la recibió para el 6 de julio de 2011.

Cuatro años después, específicamente para el 28 de septiembre de 2015, y ante la revisión que un familiar hiciera de su caso, solicitó ante Colpensiones la corrección de la historia laboral porque halló que no se le habían tenido en consideración los meses de octubre de 2006 a marzo de 2007 que había cotizado con su anterior empleador, esto es, la Comercializadora Santsimon⁶⁰.

A partir de ello, en oficio del 27 de octubre de ese año, Colpensiones le respondió lo siguiente:

“(...) en atención a solicitud de la referencia, nos permitimos informar que hemos revisado y corregido de manera integral las inconsistencias encontradas en su Historia Laboral.

⁵⁹ Folios 27 a 29.

⁶⁰ Folio 33.

No obstante lo anterior, recordamos que los tiempos cotizados en el Régimen de Ahorro Individual, son trasladados a Colpensiones por la respectiva Administradora de Pensiones en la que fueron pagados, razón por la cual si presenta ciclos faltantes correspondientes a este periodo, estos deben ser subsanados directamente por dicha Administradora, a través del convenio que se tiene con la Asociación Colombiana de Administradores de Pensiones y Cesantías -Asofondos-, con cuya información procederemos a incorporar estos ciclos en su Historia Laboral.

*Es importante resaltar que es responsabilidad de cada Fondo remitir la información necesaria para actualizar la Historia Laboral de los cotizantes que fueron sus afiliados.*⁶¹.

La respuesta emitida por la administradora de pensiones, indica que le corresponde a cada fondo realizar las gestiones correspondientes para que esos aportes figuren en el Sistema, y al propio interesado hacer que ello se logre a través de las peticiones que presente ante la administradora correspondiente.

Tal cuestión tiene mayor razón de ser si se revisa la respuesta que CITI le brindó al actor cuando éste le solicitó el 4 de febrero de 2016, que tal administradora le pidiera a Colpensiones esos aportes⁶²:

“En virtud de su solicitud, le informamos que el pago correspondiente para los periodos de octubre de 2006 a marzo de 2003 (sic) cotizados con el empleador Comercializadora Internacional Sant. Identificado con Nit No 900.093.4444, se encuentran en proceso de pago en proceso de verificación por parte de Colpensiones.

*Adicionalmente, le informamos que su caso se encuentra escalado a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, lo anterior conforme al procedimiento establecido con dicha entidad y Asofondos. Al respecto, es importante mencionar que debe ser Colpensiones quien actualice su historia laboral ante la OBP conforme lo estipulado en el artículo 5 del Decreto 3798 de 2003*⁶³.

Esta situación fue la que provocó que el accionante enviara peticiones a la accionada, incluso vía correo electrónico⁶⁴, para que se analizara su caso y se hicieran los trámites administrativos pertinentes para lograr ubicar esos aportes en su cuenta de ahorro individual.

Esas gestiones generaron los dos reportes que obran en el expediente, uno actualizado al 23 de noviembre de 2015⁶⁵ y otro al 13 de enero de 2016⁶⁶, en

⁶¹ Folios 36 a 37. El subrayado es de la Sala.

⁶² Folio 39.

⁶³ Folio 43. El subrayado es de la Sala.

⁶⁴ Folio 44.

⁶⁵ Folio 32.

los que Colpensiones detalló los pagos efectuados a nombre del accionante a partir de 1995. En este documento se cuenta con 6 casillas que reportan los períodos alegados por el actor de octubre de 2006 a marzo de 2007, pero que solo acredita días reportados en enero de 2007 (30 días), febrero de 2007 (30 días) y marzo de 2007 (1 día). El pago de todas las casillas, aparece, sin embargo, “en proceso de verificación”.

Esos reportes le permitieron a Colfondos responderle al actor en febrero de 2016 que tales aportes se encontraban “*en proceso de pago en proceso de verificación por parte de Colpensiones*”⁶⁷, y que no obstante que se dijera que en el Bono Pensional registra cero (0) semanas cotizadas, allí figuren dos reportes que corresponden a esas fechas: uno del primero de octubre de 2006 al 28 de febrero de 2007 con un salario de \$1.000.000 y otro del primero al 31 de marzo de 2007 con un salario de \$33.000⁶⁸.

Pero ante la insistencia del demandante a Colfondos, mediante el Comunicado BP-R-I-L-22311-12-16 del 5 de diciembre de 2016⁶⁹, éste le dio respuesta a su petición, indicándole que una vez más objetaba su solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por dos razones: (i) por cuanto los aportes realizados por su exemplador Comercializadora Santsimon de octubre de 2006 a marzo de 2007 ante el ISS hoy Colpensiones, se habían realizado con anterioridad a la fecha de su afiliación ante ese Fondo Pensional, y (ii) porque al habersele negado la pensión de invalidez, había solicitado la devolución de sus aportes junto con los rendimientos financieros.

Es decir, el argumento para negar la pensión de invalidez se fundó, como ocurrió en una primera ocasión, en que no se cumplió el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, por cuanto solo contabilizaba 43,85 semanas, sin que las que solicitaba el accionante las tuvieran en cuenta, ni tampoco las que registró con posterioridad a esa fecha, desconociendo entonces la jurisprudencia reiterada de este Tribunal en torno al reconocimiento que debía hacer de los aportes posteriores.

8.1.2 Esa situación no la encontró incorrecta el Juzgado de instancia en la sentencia que se revisa, que no obstante indicar que se apegaba a la jurisprudencia constitucional al inicio de la parte motiva, pasó por alto la posición consistente de esta Corte, que ha tenido un desarrollo importante en torno a la problemática suscitada en esta oportunidad con ocasión de la revisión de acciones de tutela que plantean situaciones análogas⁷⁰.

En estos casos la Corte ha reiterado el deber de las entidades administradoras

⁶⁶ Folio 40.

⁶⁷ Folio 43.

⁶⁸ Folio 45.

⁶⁹ Folios 49 a 50.

⁷⁰ Consultar, entre otras, las sentencias T-040 y T-013 de 2015, T-943, T-752, T-580 y T-043 de 2014, T-886, T-627 y T-428 de 2013, entre otras.

de pensiones de considerar, para el estudio de la solicitud de pensión de invalidez, las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de pérdida de la capacidad laboral, cuando se está frente a afiliados que padecen enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas, tal como tuvo la oportunidad de referirse en el apartado pertinente.

Ello, porque al revisar la historia laboral del accionante, que fue actualizada a agosto de 2016⁷¹, destaca que desde que se afilió a Colfondos en abril de 2008, inició su cotización, alcanzando un aporte de 14 meses entre ese momento y junio de 2009⁷², que Colfondos indicó le totalizaban 43,85 semanas.

Pero esa misma historia laboral da cuenta de que el actor siguió cotizando no obstante haber recibido los aportes de su cuenta de ahorro individual, evidenciándose una contribución constante, mes por mes, desde julio de 2009 hasta agosto de 2016⁷³.

Sin embargo, esta Corte no podrá sostener el reconocimiento de los meses que solicita el accionante se declaren, porque existen varias respuestas que ofrece la entidad accionada, indicando que los pagos de enero a marzo de 2007 se encuentran en proceso de verificación, cuestión que no puede desconocer esta instancia, y más cuando el folio 32 del Cuaderno 1 demuestra que solo existe cotización entre enero y marzo de 2007.

Pero lo que sí deberá destacar esta Sala, es la prueba fehaciente de los aportes realizados por el señor Luis Alfonso Aguirre Castro desde el momento de su vinculación a CITI Colfondos hasta que el expediente así lo refleja (agosto de 2016), debiendo reconocer como ejercicio de su capacidad laboral residual, los realizados desde el mes de julio de 2009 hasta el 10 de marzo de 2010, fecha en la que solicitó la calificación de la pérdida de capacidad laboral debido a la progresividad de su enfermedad.

Lo anterior, en vista de que entre el 17 de julio de 2009 y el 17 de agosto de 2010, el accionante estuvo incapacitado con ocasión de la enfermedad laboral determinada por su médico, lo cual se comprueba con su historia clínica⁷⁴, lo que significa que efectivamente seguía vinculado a la empresa en la que fue contratado, pero que no podía reintegrarse a ella con ocasión de su padecimiento.

Los 390 días que duró su incapacidad, se presentaron pues, entre el 17 de julio de 2009, es decir, 1 año y 3 meses después de su vinculación laboral, y el 17 de agosto de 2010, esto es, 5 días después de que le fuera notificada la negativa de la pensión, lapso en el cual se entiende que el señor Aguirre

⁷¹ Folios 46 y 47.

⁷² Se trata de los siguientes meses: i) de 2008: abril, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre. ii) de 2009: enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio.

⁷³ Folios 46 y 47.

⁷⁴ Folio 24 del Cuaderno 1.

Castro no podía prestar su capacidad productiva de manera personal a la empresa Santsimon, pero por la que seguía realizando sus aportes a pensión, pues la enfermedad padecida no se lo permitía.

8.2 La enfermedad crónica, degenerativa y congénita que padece el accionante.

Tal como se determinó en el capítulo cuatro (4) de las consideraciones, el demandante sufre de una enfermedad degenerativa, crónica y congénita, pues las pruebas refieren que al señor Aguirre Castro le fue diagnosticada desde el año 2009 la enfermedad corea de Huntington, que cabe dentro de aquellas que la Corte ha denominado como crónicas, degenerativas y congénitas⁷⁵. En este sentido debe proveerse la Sala de los anexos de la demanda, que cuenta con la historia clínica del actor y la evolución de su enfermedad.

Para tomar solo algo de lo que registra el dossier, se tiene que luego de ser diagnosticado en el año 2009, cuenta con ingreso a la Organización Mente Sana de Cali para una revisión el 25 de octubre de 2012, esto es, tres años después del diagnóstico, en el que se indica tal padecimiento y dice estar preocupado por la limitación funcional que le genera la enfermedad⁷⁶.

Ante la atención que se le brinda un año después (16 de octubre de 2013), se relaciona así el resumen del plan terapéutico:

“Paciente masculino de 39 años de edad quien presenta diagnóstico de trastorno depresivo recurrente y enfermedad de Huntington en tratamiento actual con risperidona tab 2 mg 1 tab al día, quien ha estado presentando dificultad para afrontar las adversidades que presenta, se ingresa a hospital día 5 sesiones con el fin de realizar psicoterapia individual, grupal, terapias ocupacionales y física, eeag.60”⁷⁷.

El 30 de octubre de 2013, se le recibe para su revisión en la Organización Mente Sana de la manera en que enseguida se describe:

“Paciente que se percibe ansioso con movimientos involuntarios a nivel de tronco y cara. Se involucra en la sesión. Se trabaja actividad cognitiva buscando fortalecer procesos cognitivos de atención y memoria a su vez actividad comprensión lectora para fortalecer análisis y síntesis así como manejo de su capacidad de abstracción. Al finalizar se trabaja actividad de cocina”⁷⁸.

Lo que evidencia la Corte de la revisión de la historia clínica es que aquellos síntomas relacionados con la enfermedad que se describieron con antelación,

⁷⁵ Ya se indicó que la Corte se ha referido a la corea de Huntington como enfermedad crónica, degenerativa y congénita en las Sentencias T-719 de 2015, T-023 de 2013 y T-494 de 2003.

⁷⁶ Folio 14 del cuaderno principal.

⁷⁷ Folio 17 del cuaderno principal. Citado literalmente.

⁷⁸ Folio 19 del cuaderno principal.

los ha venido sufriendo de tiempo atrás el accionante, no sólo los emocionales sino también los físicos.

En este sentido, cuando se presentó la demanda de tutela para el 17 de febrero de 2017, el accionante puso de manifiesto que tenía pérdida de movimiento, del habla, de traslación y de agarre de elementos, al igual que deterioro visual y de la coordinación, lo cual le generaba movimientos involuntarios tanto en los miembros inferiores como en los superiores, incapacitándolo para ejercer cualquier labor⁷⁹.

En atención a lo anterior, no puede desconocerse entonces que el señor Luis Alfonso de tiempo atrás padece de una enfermedad crónica, degenerativa y congénita, por lo que se cumple otro de los presupuestos que se exigen para la procedencia del amparo.

De igual manera los anexos de la demanda dejaron en evidencia la calamitosa situación por la que viene atravesando el actor de tiempo atrás y por ello cuando acudió en tutela, puso de manifiesto sobre su situación económica lo siguiente:

*“Debido a mi enfermedad no cuento con un ingreso económico mensual fijo para mi sostenimiento y el de mi familia (hijos menores de edad), todo ello como consecuencia de mi condición de discapacidad para laborar, lo cual genera inevitablemente mi afectación al mínimo vital”*⁸⁰.

Su compañera prestó declaración extrajuicio en la Notaría Novena de Cali, el 13 de febrero de 2017 y allí indicó:

*“(...) conozco a Luis Alfonso Aguirre Castro (...) desde el día 30 de enero, asistiendo a iglesia a la cual diariamente nos congregamos, fecha desde la cual nos hicimos amigos y hermanos de la fe y tiempo después nos fuimos a vivir juntos como esposos. Cuando conocí a Luis Alfonso Aguirre Castro no laboraba ni aún lo hace debido al estado de su enfermedad, llamada corea de Huntington, la cual le ocasionó una baja de su peso corporal considerable y depresión, causando que su núcleo familiar (ex mujer y 2 hijas) se disolviera al no poder trabajar en oficio alguno y solventar los gastos cotidianos, lo que conllevó al rompimiento de su relación marital con consecuencias en la pérdida del vínculo con sus hijas (...)”*⁸¹.

En torno al sustento del hogar, la compañera del accionante esgrimió en esa declaración extraprocesal lo siguiente:

“No ha sido fácil para mi llevar toda la obligación económica del hogar, el salario que devengo es el salario mínimo legal mensual vigente, con el cual

⁷⁹ Folio 1 del cuaderno principal.

⁸⁰ Folio 5 del cuaderno principal.

⁸¹ Folio 53 del cuaderno principal. Así aparece el texto original.

pago el arrendamiento del aparta-estudio donde vivimos, nuestra alimentación, los implementos básicos para nuestro aseo personal, el estudio de mi hija y los servicios públicos domiciliarios”⁸².

En lo que atañe a los servicios médicos con que contaba Luis Alfonso para febrero de 2017 en que presentó la demanda de tutela, la misma declarante expuso:

“En cuanto a los medicamentos que sus médicos le recetan mensualmente a Luis Alfonso Aguirre Castro para llevar su enfermedad, ya que es degenerativa, solo me alcanza para comprarle el inhalador, pero el tratamiento médico y psicológico, servicios que son fundamentales para él no los puede ni puedo costear por su discapacidad y mis bajos ingresos; la familia de él ya no le siguió costear el tratamiento y él realmente lo necesita mucho, solo con la ayuda de Dios hemos podido salir adelante. Acepté casarme con él porque lo amo, no lo hice por lástima, pues encontré en él un ser maravilloso de buen corazón; hemos buscado ayuda por parte de mi familia para comprar el medicamento que necesita como el inhalador, acetaminofén, etc., cuando yo no puedo comprárselos; pero el tratamiento y las terapias de su enfermedad son muy costosas y nos es imposible cubrir ese gasto tan oneroso, ya que mi familia, como mencioné, nos ayuda hasta donde sus escasos recursos le alcanzan para que él tenga, por lo menos, una buena alimentación y vivienda”⁸³.

Es decir, la enfermedad tiene un carácter progresivo y ha provocado cambios importantes en el comportamiento del accionante y ha incidido en las relaciones con sus familiares y cercanos, lo que ha llevado incluso a que rompiera los vínculos que tenía con su núcleo familiar, y que en la actualidad solo reciba el apoyo de su pareja, percatándose la Sala a partir de la declaración de la compañera del actor, que con lo que devenga le alcanza solo para comprarle el inhalador, pues con lo restante cubre lo de la vivienda y la alimentación.

Con ello se evidencia una clara afectación al mínimo vital del accionante, si se tiene en consideración que el principio constitucional de dignidad humana, sobre el que se establece el Estado social de derecho, sirve de fundamento al derecho al mínimo vital, cuyo objeto no es otro distinto del de garantizar las condiciones materiales más elementales, sin las cuales la persona arriesga perecer y quedar convertida en ser que sucumbe ante la imposibilidad de asegurar autónomamente su propia subsistencia⁸⁴.

8.3 Del perjuicio irremediable sufrido por el actor.

La Sala estima que en el caso en estudio no solo se acredita el padecimiento

⁸² Ibíd.

⁸³ Folio 53 del cuaderno principal.

⁸⁴ Cfr. Sentencia T-581 A de 2011.

de una enfermedad crónica, degenerativa y congénita, sino que además se pone en evidencia la existencia de un perjuicio irremediable que se hace necesario conjurar, pues exhibe las siguientes características:

(i) es **inminente y actual**, toda vez que al momento de invocar la acción de amparo el peticionario carecía de las aptitudes físicas y económicas para satisfacer sus necesidades básicas, y no hay razones para concluir que esta circunstancia hubiera variado en el curso del proceso.

(ii) es **grave**, porque la ausencia de la prestación reclamada pone en riesgo su capacidad para procurarse una vida en condiciones mínimas de dignidad, como incluso ocurría al momento de la interposición de la acción, donde puso de presente la dependencia absoluta de su compañera para procurarse un mínimo de subsistencia.

(iii) es **urgente**, y las órdenes encaminadas a proteger el derecho son impostergables, toda vez que ya ha pasado un tiempo considerable desde que se estructuró su invalidez y la situación económica del accionante es apremiante y tiende a agravarse con el paso del tiempo, y

(iv) es **impostergable**, ya que se deben adoptar acciones y medidas para que la dignidad humana de que es titular el accionante, no se vea socavada a partir de su afectación al mínimo vital y otras garantías de estirpe fundamental, y más aún cuando como se analizó, se hace acreedor a la pensión de invalidez pero ésta no se ha reconocido por la principal accionada.

Como quedó descrito, el padecimiento del accionante ha llevado a que haya perdido su capacidad para laborar y que por tanto, no cuente en este momento con trabajo alguno, dependiendo en un todo del salario que devenga su compañera, que como se expuso en la declaración extrajuicio que ella rindió, equivale a un salario mínimo legal mensual vigente⁸⁵.

Y de acuerdo con lo expuesto por él mismo, con el paso del tiempo sus facultades se disminuyen de manera considerable y por tanto su plena capacidad de trabajo, que no le permite emplearse.

Se hace necesario resaltar que si cuando al accionante se le hizo la valoración en junio de 2010 se determinó una pérdida de capacidad laboral del 66,35% con fecha de estructuración 7 de julio de 2009, es claro que luego de 8 años, la fuerza laboral del actor se ha reducido de manera considerable.

De acuerdo con lo manifestado por el actor, actualmente afronta una difícil situación económica, debido a que el deterioro progresivo de su estado de salud le impide ejercer cualquier actividad laboral que le permita generar los ingresos necesarios para su sustento y el de su núcleo familiar⁸⁶.

⁸⁵ Folios 53 y 54.

⁸⁶ Folio 5.

Por tal razón, la Sala acredita la existencia de un perjuicio irremediable, pues exhibe las características de actualidad, gravedad, urgencia e impostergabilidad, ya que como se indicó, el actor se halla en una situación crítica no sólo en cuanto a sus condiciones económicas, sino también de salud, pues la enfermedad degenerativa que padece, influye de manera directa en su capacidad para obtener su propio sustento e incluso de valerse por sí mismo de acuerdo a la progresión de tal patología.

8.4 De la inmediatez

Tampoco puede considerarse que entre la negativa del reconocimiento pensional y la interposición de la acción transcurrió un tiempo excesivo, como para que ello incida en la procedencia del amparo.

Ha de tenerse en cuenta que fue para septiembre de 2015 que Luis Alfonso reactivó nuevamente su caso cuando pidió la corrección de su historia laboral a Colpensiones y por segunda ocasión hizo la solicitud del reconocimiento de su derecho, que luego del trámite surtido, llevó a que CITI Colfondos insistiera en aquella negativa, expidiendo para el efecto el comunicado BP-R-I-L-22311-12-16 del 5 de diciembre de 2016 donde insistió en la postura que había expuesto previamente.

La negativa se dio a través del comunicado que normalmente expide una entidad como Colfondos, con fecha de 5 de diciembre de 2016, del que se notificó el accionante según indicó el 22 de diciembre de ese mismo año y que llevó a que para febrero de 2017 instaurara la acción de tutela de que conoce la Corte.

Es decir, entre la negativa de su aspiración y la interposición del amparo mediaron un poco más de dos (2) meses, por lo que entonces también se cumple en el caso concreto el requisito de inmediatez, ya que no transcurrió un lapso considerable para acudir a la reclamación tutelar.

Se evidencia por demás en las palabras del accionante, que acudió al amparo constitucional en vista de la insistencia de la administradora de pensiones en negarle su pensión de invalidez, no obstante que ante ella presentara las pruebas de que ya le había sido reconocido un tiempo que había logrado acreditar en su historia laboral.

8.5 De la subsidiariedad

8.5.1 El juez de instancia negó por improcedente el amparo invocado por el actor tras estimar, por una parte, que cuenta con la vía ordinaria para obtener el reconocimiento de su derecho pensional, y por la otra, que al haber recibido a satisfacción la devolución de los aportes que se le ofreció por Colfondos estaba asegurado su mínimo vital, pudiendo entonces acudir a reclamar la

pensión a través del proceso ordinario.

Sin embargo, encuentra la Sala que la tutela es procedente en la medida en que Colfondos desconoció la jurisprudencia de esta Corte sobre el deber de las entidades administradoras de pensiones de considerar para el estudio de la solicitud de pensión de invalidez, las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de pérdida de la capacidad laboral cuando se está frente a afiliados que padecen enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas.

8.5.2 Como se indicó anteriormente cuando se trata de personas en condición de invalidez, considerados como sujetos de especial protección constitucional debido a su discapacidad y a su situación de debilidad manifiesta, el rigor de las disposiciones legales se hace menos exigente de cara a sus condiciones particulares.

De ello se sigue que en este evento no puede supeditarse el amparo al hecho de que Luis Alfonso deba acudir a otro mecanismo de defensa para la protección de sus derechos, como lo refirió el juez de instancia, ya que exigirle que concurra ante la justicia laboral para la reclamación de su prestación legal sería desconocer el perjuicio irremediable que se acreditó.

El deterioro que genera el paso del tiempo en la salud del accionante y en sus condiciones económicas, permiten también considerar que acudir ante el juez laboral en un proceso ordinario tiene serias repercusiones en sus prerrogativas fundamentales y que para su salvaguarda se encuentra la acción de tutela, que entonces desplaza a ese mecanismo ordinario de defensa.

Sobre este tipo de procesos se puede producir una tardanza considerable en la resolución de los asuntos que competen a la justicia ordinaria laboral, que obedece, antes que a un comportamiento negligente, al exceso y recargo de trabajo, por lo que si se ratifica la exposición del juez de primer nivel en el sentido de indicarle al actor que debe acudir a aquella vía para la solución de su controversia, ello terminaría por minar sus derechos y el reconocimiento de su pensión quedaría a la espera de su definición tiempo después, cuando quizá el perjuicio ya se haya producido.

Bajo tales consideraciones, se advierte que el mínimo vital y la seguridad social del actor se encuentran vulnerados en tanto se le ha impedido gozar de la pensión de sobrevivientes a la que tiene derecho, por lo que en vista de que el mecanismo de amparo resulta ineficaz e inidóneo para proteger esas garantías de manera instantánea, el amparo a otorgar deberá ser definitivo, pues la protección que este pueda conceder, no salvaguardaría los derechos en discusión.

8.6 De la capacidad laboral residual

8.6.1 Tal como se expuso en el apartado pertinente, cuando se está frente a personas que padecen de enfermedades degenerativas, crónicas y congénitas, esta Corte ha establecido que para el reconocimiento de la pensión de invalidez, las entidades administradoras de pensiones deben 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.

Esa posición se ha reiterado, como ya también se señaló, en distintas providencias de la Corporación, siendo las últimas de ellas, la T-057 y T-563 de 2017. Aunque ha sido reiterado el precedente sobre este tema, comprueba la Sala que Colfondos desconoció la jurisprudencia de la Corte, dado que solo tuvo en consideración el tiempo corrido entre el 7 de julio de 2006 y el 7 de julio de 2009, fecha de estructuración de la incapacidad.

Se indicó en su momento que entre ese lapso, el accionante acumuló 43,85 semanas, sin que completara entonces las 50 que exigía la ley. Ese fue el fundamento de la negativa de la accionada.

Así que resulta claro que si el actor se le indicó que contaba con 43,85 semanas al 7 de julio de 2010 (fecha en que se negó la prestación legal), las 50 semanas requeridas por CITI Colfondos se completan con los aportes que realizó con posterioridad al 7 de julio de 2009 y que han de tenerse como los que hacen parte de capacidad laboral residual, así:

De acuerdo con lo que se indicó, el actor se afilió a CITI en abril de 2008 y a partir del 14 de ese mes empezó sus aportes a pensión debido a la vinculación con la empresa Santsimon. Los folios 30 y 46 del expediente dejan claro que sus aportes fueron constantes desde que inició con ella y que se prolongaron en el tiempo⁸⁷.

El folio 24 del dossier, por otra parte, demuestra que para el 17 de julio de 2009, el actor fue incapacitado por el *médico laboral* y que esa incapacidad tuvo una duración de 390 días, esto es, hasta el 17 de agosto de 2010, momento para el cual estaba en definición lo relacionado con su pensión, pues así se lee en el reporte del Centro de Atención – Medicina Laboral – Sede Cali, del 21 de julio de 2010, que registra lo siguiente:

Como causa de consulta, “*control por medicina laboral, paciente quien está en trámite de pensión en Citicolfondos, completa 390 días de incapacidad al 17 de agosto de 2010.*”⁸⁸.

Sobre la enfermedad actual se reporta, “*paciente con dx enfermedad de huntington, ya calificado en su fondo de pensiones con 66,35%, dentro de 2*

⁸⁷ Ello se indica, porque luego de la calificación, el actor siguió realizando sus aportes de manera cumplida, mes por mes, desde julio de 2009 hasta agosto de 2016, según lo reporta el expediente (fl. 46 y 47-1).

⁸⁸ Folio 24-1.

meses debe averiguar si ya llegó la resolución. Continúa en control con el Dr. Diazgranados.”⁸⁹.

Acerca del plan de manejo se apunta, “*se expiden las incapacidades hasta 17 de agosto, continuar su tratamiento médico, esperar la resolución de su fondo de pensiones, control en 3 meses.*”⁹⁰.

Lo anterior significa que Luis Fernando Aguirre Castro, para aquella fecha, esto es, el 21 de julio de 2010, seguía vinculado para la empresa Santsimon, que por tanto seguía realizando sus aportes a pensión, pero que no podía trabajar porque estaba en uso de una incapacidad laboral.

Ello permite concluir que no podía ni puede exigírsele al accionante que debía estar trabajando o reintegrarse a la labor que cumplía para ese momento, porque como se señaló, estaba haciendo uso de la incapacidad laboral que se le había otorgado por el médico respectivo.

Si como ya se advirtió, esta Corporación ha señalado que las personas que padezcan de una de enfermedad congénita, degenerativa o crónica, que hayan conservado una capacidad laboral residual después de ser diagnosticadas y *que hayan seguido trabajando*, tienen derecho a que el fondo de pensiones les reconozca los aportes que realizaron con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez⁹¹, puede decirse que el accionante es destinatario de tal prerrogativa, pues seguía vinculado a la empresa pero no podía reintegrarse porque estaba incapacitado.

Siendo así las cosas, deberán entonces tenerse en cuenta los aportes realizados por Luis Alfonso entre el mes de julio de 2009 y el 10 de marzo de 2010, que fue el día en que solicitó la calificación de la pérdida de capacidad laboral, semanas que evidentemente tendrán que sumarse a las 43,85 semanas que reconoció CITI entre julio de 2006 y julio de 2009.

Si las semanas corridas entre julio de 2009 a marzo de 2010 corresponden a 32 semanas, puede asegurarse entonces que el demandante ajusta con las 43,85 semanas anteriores, setenta y cinco punto ochenta y cinco (75,85) semanas, que son las que han de tenerse en cuenta para la definición de su pensión de invalidez.

De este modo puede asegurarse que el accionante cumple con las dos condiciones que estipula la Ley 100 de 1993 con la modificación de la Ley 860 de 2003 para obtener la pensión de invalidez, ya que por una parte cuenta con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% y por la otra, con una cotización de 75,85 semanas.

⁸⁹ Ibídem.

⁹⁰ Id.

⁹¹ Ya se hizo alusión a la Sentencia T-040 de 2015, al igual que las Sentencias T-563 y T-057 de 2017.

8.6.2 Encuentra la Sala que en este caso la tutela resulta procedente para el amparo de las garantías del actor, no obstante que para el reconocimiento de prestaciones de carácter pensional, en principio, la acción de tutela resulte improcedente por encontrarse comprometidos derechos litigiosos de naturaleza legal y de desarrollo progresivo, pues las acciones judiciales pierden eficacia jurídica para la consecución del objeto que buscan proteger, y nos encontramos frente a un sujeto de especial protección constitucional debido a su discapacidad.

Como se comprobó, el actor es una persona en estado de invalidez, toda vez que ha sido calificado con 66,35% de pérdida de la capacidad laboral, en razón de la enfermedad que padece desde hace varios años y que le genera una afectación importante en sus condiciones de vida, pues altera no solo su estado emocional sino también su motricidad.

Está también claro que al decidirse sobre su pensión, debieron haberse tenido en cuenta las semanas posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, porque como se indicó, esta Corporación ha establecido que cuando el estado de invalidez de una persona está asociado al padecimiento de enfermedades de carácter degenerativo, crónico o congénito, las entidades administradoras de pensiones deben tener en cuenta para el estudio de la solicitud, las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

Lo anterior, porque al tratarse de afecciones de larga duración y de progresión lenta⁹², la fuerza productiva de quien las padece no se agota de manera inmediata, sino con el transcurso del tiempo.

En este evento el demandante no solo continuó cotizando de manera interrumpida hasta agosto de 2016, sino que además mostró su diligencia cuando para septiembre de 2015 acudió a Colpensiones y nuevamente a CITI Colfondos a efectos del reconocimiento de su derecho, sin que entonces se pueda decir que no agotó los recursos legales contra lo decidido y que ello conspire contra la procedencia del amparo, ya que el artículo 9 del Decreto 2591 de 1991, dispone expresamente que “[n]o será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela”⁹³, y a tal disposición se atiene la Corte.

Además, la jurisprudencia constitucional ha sido coherente en señalar que cuando el amparo se interpone para evitar un perjuicio irremediable, no se puede exigir al peticionario que haya agotado la vía gubernativa, más aún si

⁹² En la página http://who.int/topics/chronic_diseases/es/ así las define la Organización Mundial de la Salud. Consultada el 19 de octubre de 2017.

⁹³ En efecto, el texto completo del artículo 9 del Decreto 2591 de 1991 establece lo siguiente: “[n]o será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela. || El ejercicio de la acción de tutela no exime de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

se trata de una persona en estado de debilidad manifiesta que es sujeto de especial protección constitucional⁹⁴, como lo es el accionante.

Ello implica que en aplicación de la línea que ha seguido la Corte en el tema de pensión de invalidez y la capacidad laboral residual, Colfondos se encuentra en la obligación de reconocer la pensión de invalidez al actor, en la medida en que si para el 7 de julio de 2009 se consideró que dentro de los 3 años anteriores contaba con 43,85 semanas, con posterioridad a esa fecha alcanzó a contabilizar 32 semanas más entre julio de 2009 y el 10 de marzo de 2010, fecha en la que solicitó la pérdida de la capacidad laboral, ya que han de computársele, en regla jurisprudencial, los aportes posteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Así que se hace necesaria la protección de sus garantías, como se señaló, como mecanismo definitivo, por lo que Colfondos deberá proferir una nueva determinación en la que reconozca la pensión de invalidez al señor Luis Alfonso Aguirre Castro, teniendo en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha fijada como de estructuración de la invalidez y las argumentaciones expuestas en esta providencia, esto es, la acreditación de 32 semanas más por los aportes realizados entre julio de 2009 y el 10 de marzo de 2010.

Ello en vista de que como fue posible corroborar a lo largo de esta providencia, el 10 de marzo de 2010 se constituyó en el momento en el que el accionante denotó su efectiva imposibilidad para continuar trabajando y en el que estimó necesario se calificara su pérdida de capacidad laboral. En ese sentido, es este momento en el que se estructuró su invalidez y en el que se consolidó el derecho pensional reclamado por el actor.

En consecuencia, la Sala considera que en esta ocasión, y dado que el derecho a reconocer debe ser entendido como configurado en el año 2010, resulta indispensable que se realice un pronunciamiento en relación con el fenómeno de la prescripción⁹⁵ de las mesadas que desde ese momento se han causado.

Lo anterior porque se evidencia que si bien el derecho que se reclama surgió en el año 2010, el actor únicamente acudió ante la administración a efectos de efectuar su reclamo hasta el 23 de noviembre de 2015, motivo por el cual, es menester entender que (i) el término de prescripción trienal se suspendió con esta solicitud y, en consecuencia, (ii) es desde este momento que es posible

⁹⁴ Ciertamente, en este sentido puede observarse la sentencia T-752 de 2010. Allí, la Corte declaró procedente una acción de tutela a pesar de que la peticionaria no había interpuesto recurso alguno frente a la decisión administrativa que le denegaba el reconocimiento de la pensión de invalidez. La respectiva Sala de Revisión explicó que debían observarse las circunstancias especiales de la actora, que tenía una pérdida de la capacidad laboral del 70.08% en razón de una osteoporosis y la pérdida progresiva de la visión, y que *“la interposición de los recursos de ley contra el acto administrativo que supuestamente vulnera el derecho, no constituye causal de procedibilidad para ejercer la acción de tutela”*. En la misma dirección puede observarse la sentencia T-121 de 2009.

⁹⁵ El cual debe ser analizado a la luz de lo dispuesto en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo (en concordancia con el 151 del Código Procesal del Trabajo).

empezar a contar los 3 años a partir de los cuales los intereses y las mesadas no cobradas se encuentran prescritas, lo que en todo caso deberá tener en cuenta la accionada.

8.6.3 A partir de la orden que se dará de que la entidad emita una nueva determinación en que se reconozca la pensión al actor, debiendo efectuar el pago del retroactivo e intereses moratorios, deberá dejarse claro que tal administradora podrá descontar de las mesadas, lo pagado por concepto de la devolución de los aportes con que contaba en la cuenta de ahorro individual, sin que se afecte el derecho al mínimo vital del beneficiario, pues el hecho de que el actor hubiera recibido parte de aquello que tenía en su haber, no impide que pueda examinarse nuevamente la posibilidad de reconocerle la pensión de invalidez.

III. DECISIÓN

En vista de lo anterior, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo del dos (2) de marzo de dos mil diecisiete (2017) proferido por el Juzgado Sexto de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple, Sede Desconcentrada, Casa de Justicia Barrio Alfonso López de Santiago de Cali, en cuanto declaró improcedente la acción de tutela. En su lugar, **CONCEDER** el amparo definitivo de los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social de Luis Alfonso Aguirre Castro.

Segundo.- ORDENAR a CITI Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., que en el término de diez (10) días hábiles contados partir del día siguiente a la notificación de esta providencia, emita la decisión en la que reconozca la pensión de invalidez al señor Luis Alfonso Aguirre Castro, teniendo en cuenta las treinta y dos (32) semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez (entre julio de 2009 y el 10 de marzo de 2010) y las argumentaciones expuestas en esta providencia. En este evento, CITI Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. podrá descontar de las mesadas lo pagado por concepto de devolución de aportes, sin que se afecte el derecho al mínimo vital del beneficiario. Adicionalmente, deberá efectuar el pago del retroactivo e intereses moratorios causados de conformidad con lo expresado en esta providencia sobre la configuración del fenómeno de la prescripción trienal establecida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

Tercero.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN
Secretaria General (e.)