

Sentencia T-350/18

Referencia: Expediente T-6.745.510

Acción de tutela presentada por la Defensoría del Pueblo – Regional Boyacá, en nombre de Esfrit Alexander Fonseca Rodríguez contra Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.

Procedencia: Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Tunja

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de agosto de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas, y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

#### SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de única instancia, adoptado por el Juzgado Segundo Penal Municipal Con Funciones de Conocimiento de Tunja, el 8 de febrero de 2018, que negó el amparo en el proceso de tutela promovido por la Defensoría del Pueblo – Regional Boyacá, en nombre de Esfrit Alexander Fonseca Rodríguez contra Colfondos S.A.

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Cinco de la Corte Constitucional[1], mediante auto del 21 de mayo de 2018, escogió, para efectos de su revisión el expediente T-6.745.510.

De acuerdo con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, esta Sala de Revisión procede a dictar la sentencia correspondiente.

#### I. ANTECEDENTES

El 24 de enero de 2018, Franchesco Geovanny Ospina Lozano, quien actúa como defensor público en asuntos administrativos de la Defensoría del Pueblo – Regional Boyacá, interpuso acción de tutela en nombre de Esfrit Alexander Fonseca Rodríguez contra Colfondos S.A., por considerar vulnerados los derechos fundamentales de su representado al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social. Lo anterior, en razón a que la citada entidad negó el reconocimiento de la pensión de invalidez porque la fecha de estructuración fue anterior a la celebración del contrato de seguro.

#### Hechos y pretensiones

El accionante, quien tiene 34 años de edad, es ingeniero de sistemas y está afiliado a la administradora de pensiones y cesantías Colfondos S.A. desde diciembre de 2012.

Sostiene que cuando tenía siete años de edad sufrió un accidente y le diagnosticaron "hemofilia B severa" (enfermedad crónica), y "trauma medular con paraplejia". El accionante no controla esfínteres, presenta el acortamiento de una pierna, y en los últimos años de su vida escolar sufrió

la luxación del fémur izquierdo, **por lo que la rodilla derecha y el cuello del pie izquierdo se deformaron**[2].

El defensor indica que el estado de salud del actor se ha deteriorado[3], por lo que en el año 2015 solicitó a Colfondos S.A. el reconocimiento de la pensión de invalidez.

El 5 de mayo de 2015, el accionante fue valorado por la Nueva EPS, y ésta decretó la disminución de la capacidad laboral del actor en 75.40%, con ocasión de una enfermedad de origen común, estructurada el 9 de octubre de 1991[4].

El 27 de septiembre de 2016, Seguros Bolívar[5] practicó una nueva valoración y decretó la disminución de la capacidad laboral del actor en 74.26%, como consecuencia de la discapacidad física estructurada el 25 de junio de 2011.

Posteriormente, Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. recurrió el dictamen expedido por Seguros Bolívar S.A.

El 26 de noviembre de 2016, la Junta Regional de Calificación de Boyacá, practicó otra valoración y, tal y como consta en el acta de la misma fecha[7], determinó que el porcentaje de pérdida de capacidad era de 66.91% por enfermedad de origen común, estructurada el 9 de octubre de 1991.

El dictamen fue notificado al accionante el 5 de diciembre de 2016 y éste se abstuvo de presentar recursos[8].

Mediante oficio del 16 de junio de 2017, Colfondos S.A. negó el reconocimiento y pago de la pensión solicitada. La entidad advirtió que la fecha de estructuración de la invalidez -9 de octubre de 1991- fue anterior a la celebración del contrato de seguro, motivo por el cual éste no cubría ese riesgo[9].

En consecuencia, el actor presentó un escrito mediante el cual controversió la decisión de Colfondos S.A. Específicamente, indicó que la negativa de la entidad desconocía la jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia T-111 de 2016), de conformidad con la cual su habilidad para trabajar no desapareció en la fecha de estructuración de la enfermedad, sino que ha disminuido progresivamente, por lo que se debe entender que su capacidad residual se agotó en el año 2016 y no en 1991[10].

Mediante oficio del 15 de noviembre de 2017[11], Colfondos S.A. le informó que no modificaría su decisión, pues la fecha de estructuración de invalidez era anterior a la afiliación a esa entidad y el afiliado no controversió el dictamen mediante el cual la Junta Regional de Calificación de Boyacá fijó como fecha de estructuración el 9 de octubre de 1991.

Señala el defensor público, que el señor Fonseca Rodríguez carece de empleo, tiene dos créditos que no puede pagar[12], cursa la carrera de psicología y no tiene dinero para asumir la matrícula[13], sus gastos de manutención ascienden a \$700.000 pesos[14], y paga una cuota alimentaria a favor de su hija por \$170.000 pesos.

En este orden de ideas, considera que la tutela es procedente porque el accionante merece una protección especial y está desempleado, de manera que no puede garantizar su propio sustento. Además, indica que el actor tiene derecho a que se reconozca la pensión de invalidez, pues cumple con todos los requisitos fijados por la ley y la jurisprudencia para acceder a dicha

prestación.

Por lo tanto, solicita el amparo de los derechos fundamentales de su representado al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social. En consecuencia, pide al juez de tutela ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor del señor Esfrit Alexander Fonseca Rodríguez.

Actuación procesal en única instancia.

Mediante auto del 25 de enero de 2018[16], el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Tunja avocó el conocimiento de la acción de tutela y ordenó vincular, en calidad de entidad accionada, a Colfondos S.A.

Colfondos Pensiones y Cesantías S.A.

Mediante escrito del 31 de enero de 2018[17], la apoderada general de Colfondos S.A. presentó distintas excepciones a la tutela. En particular, afirmó que no era posible inaplicar por inconstitucional el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que prevé el requisito de 50 semanas de cotización anteriores a la estructuración de la invalidez, porque en sentencia C-428 de 2009, la Corte Constitucional declaró exequible esa exigencia para acceder a la pensión de invalidez. De otra parte, señaló que no se cumple el requisito de subsidiariedad, pues los hechos suponen un conflicto de orden legal que debe ser resuelto en el marco de un proceso ordinario laboral. Además, adujo que la entidad no violó los derechos del accionante, en tanto resolvió la solicitud de pensión de invalidez con fundamento en la norma que regula la materia.

Por último, la apoderada indicó que en virtud de un contrato de seguro celebrado con Seguros Bolívar S.A., es esa entidad la que asume el pago de las pensiones de invalidez reconocidas por Colfondos S.A. En consecuencia, solicitó que se vinculara a Seguros Bolívar S.A. por considerar que se configuraba un litisconsorcio necesario.

Por último, solicitó al juez de tutela negar o declarar improcedente la acción, por cuanto la fecha de afiliación del accionante al sistema general de pensiones fue posterior a la fecha en la que se estructuró la invalidez.

Decisión objeto de revisión

Sentencia de única instancia

En sentencia del 8 de febrero de 2018[18], el Juzgado Segundo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Tunja negó el amparo en consideración a que el accionante no acreditó estar ante la inminencia de sufrir un perjuicio irremediable ni demostró la violación de su derecho fundamental al mínimo vital. En particular, indicó que no bastaba con demostrar el padecimiento de una "enfermedad común" y aportar constancia de los créditos a su nombre, pues no cualquier persona desempleada y con afecciones de salud que no son catastróficas, podía acudir a este mecanismo subsidiario.

Actuaciones en sede de revisión

La Magistrada sustanciadora profirió auto del 18 de julio de 2018[19], en el que vinculó a Seguros Bolívar S.A. y formuló una serie de preguntas al accionante.

En cumplimiento de la providencia mencionada, se recibieron los siguientes documentos:

Memorial recibido por el despacho de la Magistrada sustanciadora el 30 de julio de 2018[20], en el que el accionante informó a esta Corporación que:

Su estado de salud se ha deteriorado, pues presenta múltiples sangrados en distintas partes del cuerpo (nariz, boca, hombros, codos, brazos, muñecas, cadera, rodillas y cuello de los pies), por lo que debe recibir profilaxis tres veces a la semana.

Debido a la discapacidad que presenta, se desplaza con muletas y debe estar acompañado por su mamá, que es la persona con la que vive.

Como consecuencia de los sangrados en las rodillas y los pies, el accionante ha perdido fuerza en los miembros inferiores, siente dolor y ha sufrido caídas. Por consiguiente, en la actualidad la Nueva EPS evalúa la posibilidad de practicar un procedimiento quirúrgico.

Sus ingresos ascienden a \$200.000 pesos, que recibe por asesorar a un ingeniero, quien, además de pagarle esa suma realiza los aportes a seguridad social sobre un salario mínimo.

Sus egresos mensuales son de \$3.602.245 pesos[21] y no tiene bienes muebles o inmuebles a su nombre.

Anexó un certificado de Colfondos S.A. en el que consta que cuenta con 245 semanas cotizadas entre diciembre de 2012 y marzo de 2017 ininterrumpidamente, y entre julio de 2017 y diciembre de 2017[22]. Además, anexó certificación de Colfondos S.A. en la que consta que actualmente está afiliado a la entidad.

Mediante escrito radicado en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 30 de julio de 2018[24], la apoderada de Seguros Bolívar S.A. dio respuesta a la tutela de la referencia. En particular, indicó que no estaba legitimada por pasiva, por cuanto en el dictamen de pérdida de capacidad emitido por esa entidad se fijó como fecha de estructuración el 25 de junio de 2011, en la cual Colfondos S.A. tenía reaseguradas las pensiones de invalidez con Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y no con Seguros Bolívar S.A.

Además, indicó que la entidad no había vulnerado los derechos fundamentales del accionante porque: (i) el dictamen expedido por la Junta Regional de Calificación de Boyacá fijó como fecha de estructuración el 9 de octubre de 1991, fecha en la que el accionante ni siquiera tenía cotizaciones al Sistema General de Pensiones, y (ii) Seguros Bolívar S.A. suscribió el contrato de seguro con Colfondos S.A. el 1º de julio de 2016, esto es, con posterioridad a la fecha de estructuración.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### Competencia

1. Con fundamento en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241 -numeral 9º- de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido en el proceso de la referencia.  
Asunto objeto de análisis y problemas jurídicos
2. Franchesco Geovanny Ospina Lozano, quien actúa como defensor público en asuntos

administrativos de la Defensoría del Pueblo – Regional Boyacá, interpuso acción de tutela en nombre de Esfrit Alexander Fonseca Rodríguez contra Colfondos S.A., en razón a que la entidad accionada negó el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por el actor debido a que la pérdida de capacidad se estructuró antes de la vigencia del contrato de seguro celebrado.

3. Por consiguiente, pide que se amparen los derechos fundamentales de su representado al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social y, en consecuencia se ordene a la accionada que reconozca y pague la pensión de invalidez a favor del señor Esfrit Alexander Fonseca Rodríguez.

Tanto Colfondos S.A., como Seguros Bolívar S.A., afirmaron que no había lugar a reconocer la pensión de invalidez, pues de conformidad con el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, el demandante no tiene 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad, pues en ese momento ni siquiera se había vinculado al Sistema General de Seguridad Social.

4. La situación fáctica exige a la Sala determinar, en primer lugar, si procede la tutela para controvertir las decisiones mediante las cuales el fondo privado de pensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por el accionante, a pesar de que podría acudir al proceso ordinario laboral para obtener sus pretensiones.

5. Luego, en caso de superar los requisitos de procedencia general, será preciso entrar a analizar el fondo del asunto, el cual plantea este interrogante: ¿se desconocen los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital cuando un fondo de pensiones niega el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en que la enfermedad invalidante es anterior al inicio de la actividad laboral, sin tener en cuenta que el afiliado trabajó durante varios años después de dicha estructuración?

6. Para resolver la cuestión planteada, es necesario abordar el análisis de los siguientes temas: primero, la procedencia de la tutela en el caso objeto de estudio; segundo, el derecho a la igualdad y la integración laboral de las personas en condición de discapacidad; tercero, el contenido del derecho a la seguridad social, en particular, en lo que tiene que ver con la pensión de invalidez y sus requisitos; cuarto, la fecha de estructuración de la invalidez y el retiro material y efectivo del mercado laboral; y quinto, con fundamento en tales consideraciones, se resolverá el caso concreto.

A continuación se estudiarán los requisitos generales de procedencia de este caso, después se desarrollará el fundamento de la decisión, y finalmente se resolverá el fondo del asunto.

Análisis de procedencia general de la tutela

Legitimación activa

7. El artículo 86 de la Constitución Política establece la facultad que tiene toda persona para interponer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados.

La legitimidad para el ejercicio de esta acción es regulada por el artículo 10[25] del Decreto 2591 de 1991, el cual establece que puede ser presentada: (i) directamente por el afectado, (ii) a través de su representante legal, (iii) por medio de apoderado judicial, o

(iv) por medio de agente oficioso.[26] El inciso final de esta norma también faculta al Defensor del Pueblo y los personeros municipales para ejercer la tutela directamente.

8. **El artículo 282 de la Carta Política dispone que el Defensor del Pueblo podrá interponer acciones de tutela, "sin perjuicio del derecho que le asiste a los interesados". A su vez, el artículo 46 del Decreto 2591 de 1991 retoma el pronunciamiento de la Carta Política y agrega que el funcionario podrá presentar dicho mecanismo judicial "en nombre de cualquier persona que lo solicite o que esté en situación de desamparo e indefensión".**

En desarrollo de esas disposiciones, la jurisprudencia ha determinado que la legitimación por activa del Defensor del Pueblo procede cuando: "(i) actúe en representación de una persona que lo haya solicitado (autorización expresa); (ii) cuando la persona se encuentre desamparada o indefensa; y (iii) cuando se trate de situaciones de vulneración de los derechos fundamentales de menores o incapaces, incluso en contra de su voluntad o la de sus representantes legales"[27].

9. En la sentencia T-682 de 2013[28], la Corte estudió las circunstancias en las cuales el Defensor del Pueblo estaba habilitado para interponer la acción de amparo, y enfatizó la necesidad de respetar la voluntad de los titulares de los derechos. En ese orden de ideas, puntualizó que el funcionario no puede presentar la tutela sin su aprobación, ni apego de las estrictas causales que lo facultan, a menos que, como lo indica la norma, se configuren circunstancias de desamparo e indefensión.

De conformidad con el artículo 26 de la Ley 941 de 2005, los defensores públicos son abogados vinculados al servicio de Defensoría Pública que administra la Defensoría del Pueblo, y es a través de estos que se provee la asistencia técnica y la representación judicial en favor de aquellas personas que por sus condiciones económicas o sociales se encuentran en circunstancias de desigualdad manifiesta para proveerse, por sí mismas, la defensa de sus derechos.

10. En el caso concreto, el señor Franchesco Geovanny Ospina Lozano, quien actúa como defensor público en asuntos administrativos de la Defensoría del Pueblo – Regional Boyacá, interpuso acción de tutela en nombre de Esfrit Alexander Fonseca Rodríguez. La Sala advierte que se cumple con el presupuesto de legitimación por activa, pues: (i) el funcionario estaba facultado por la solicitud realizada por el accionante; (ii) identificó a la persona a favor de la cual actuaba; y (iii) explicó con claridad la forma en que la respuesta negativa de Colfondos S.A. vulneraba los derechos fundamentales del señor Fonseca Rodríguez.

Legitimación pasiva

11. La legitimación pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la entidad contra quien se dirige la acción, de ser la llamada a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental, en caso de que la transgresión del derecho alegado resulte demostrada.[29]

Sobre el particular, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la tutela procede contra particulares que presten un servicio público. El numeral segundo de dicha norma estipula que la acción de tutela procede "[c]uando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud." Mediante sentencia C-134 de 1994[30], la Corte Constitucional

indicó que debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que preste cualquier servicio público.

De otra parte, el artículo 4° de la Ley 100 de 1993, señala que la seguridad social es un servicio público obligatorio y, con respecto al sistema general de pensiones, se considera servicio público esencial en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.

En ese orden de ideas, la tutela es procedente respecto de Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., por ser el fondo privado al que está afiliado el accionante, y que presuntamente violó sus derechos al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

12. De otra parte, de conformidad con los hechos probados en este trámite, el accionante solicitó el reconocimiento de la pensión en 2016, fecha en la que Seguros Bolívar S.A. tenía un contrato vigente con Colfondos S.A. para efectuar el pago de las pensiones de invalidez a cargo de la segunda. Por consiguiente, en virtud del contrato de reaseguro celebrado entre ambas entidades, Seguros Bolívar S.A. podría ser la entidad pagadora en caso de que se accediera a la pretensión del accionante, consistente en reconocer la pensión de invalidez porque considera que en la actualidad agotó su capacidad residual. Por esa razón, Seguros Bolívar S.A. también está legitimada por pasiva en este trámite como tercero con interés en el proceso.
13. Por último, Seguros Bolívar S.A. sostuvo que se debía vincular al trámite a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. porque correspondía a esa entidad pagar las pensiones de invalidez reconocidas por Colfondos S.A. el 25 de junio de 2011, es decir, en la fecha de estructuración que fue fijada por Seguros Bolívar S.A. en el dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido el 27 de septiembre de 2016. El argumento de Seguros Bolívar S.A. desconoce que existe un dictamen posterior en el que la Junta Regional de Calificación de Boyacá fijó como fecha de estructuración el 9 de octubre de 1991.  
  
Por lo tanto, no se advierte la necesidad de vincular a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. como tercero con interés en el proceso, porque los hechos relevantes para resolver el asunto objeto de análisis son la estructuración de la pérdida de capacidad (9 de octubre de 1991), y la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral (27 de septiembre de 2016).
14. Ahora bien, cabe aclarar que el problema jurídico que la Sala estudia en esta oportunidad tiene que ver con el cumplimiento de los requisitos para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez. En esa medida, la controversia no gira en torno a la definición de la reaseguradora responsable del pago en caso de que se acceda a las pretensiones. Por esa misma razón no es necesario vincular a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., pues la responsabilidad de las reaseguradoras no es materia de esta tutela.  
  
Inmediatez
15. La jurisprudencia constitucional ha resaltado que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no tiene término de caducidad. Sin embargo la solicitud de amparo debe formularse en un plazo razonable desde el

momento en el que se produjo el hecho vulnerador.

**Esta exigencia se deriva de la finalidad de la acción que pretende conjurar situaciones urgentes que requieren de la inmediata intervención del juez constitucional. Por ende, cuando ha transcurrido un periodo considerable y desproporcionado entre la ocurrencia del evento en el que se vulneraron o amenazaron los derechos fundamentales y la presentación de la tutela, se entiende prima facie que su carácter apremiante fue desvirtuado, siempre que no se hayan expuesto razones que justifiquen la tardanza para utilizar el mencionado instrumento constitucional.**

16. En el presente caso la acción fue interpuesta en un término razonable, debido a que el defensor público tardó aproximadamente dos meses en la formulación de la tutela. En efecto, el último oficio mediante el cual Colfondos S.A. informó que no reconocería la pensión reclamada, al cual se atribuyó la vulneración de los derechos de la accionante, se profirió el 15 de noviembre de 2017 y la tutela se interpuso el 24 de enero de 2018.

Subsidiariedad

17. El inciso 4° del artículo 86 de la Constitución consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que "[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable".

Del texto de la norma se evidencia que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la tutela. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia.[31]

No obstante lo anterior, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6° del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita (i) que el mecanismo no es idóneo ni eficaz, o (ii) que "siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela." [32]

18. Con respecto al primer supuesto, la aptitud del medio de defensa ordinario debe ser analizada en cada caso concreto, en consideración a las características procesales del mecanismo y al derecho fundamental involucrado. Entonces, un medio judicial excluye la procedencia de la acción de tutela, cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado.[33]

En particular, en **sentencia T-822 de 2002**[34], esta Corporación señaló que para determinar si una acción principal es idónea, "se deben tener en cuenta tanto el **objeto** de la acción prevalente prima facie, como su **resultado** previsible, en relación con la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, dentro del contexto del caso particular." (Negrillas en el texto original)

En esa medida, si el juez considera que en el caso concreto el proceso principal trae como resultado el restablecimiento pleno y oportuno de los derechos fundamentales vulnerados, la tutela es improcedente. En contraste, si advierte que el mecanismo de defensa judicial aparentemente prevalente no es idóneo para restablecer los derechos fundamentales vulnerados de manera eficaz y oportuna, la tutela es procedente.

19. Adicionalmente, la jurisprudencia ha reconocido el proceso ordinario laboral como uno de los medios judiciales para la definición de controversias relacionadas con la prestación de los servicios de seguridad social que se generen entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, y las entidades administradoras o prestadoras de tales servicios, de conformidad con lo establecido en el numeral 4° del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

En relación con ese mecanismo y a partir de la comprensión general del requisito de subsidiariedad, esta Corporación ha señalado en diversas oportunidades que su idoneidad debe ser valorada de cara a las circunstancias específicas del accionante.

Por ejemplo, en la sentencia T-111 de 2016[35], la Corte estudió la tutela presentada por un hombre de 57 años de edad, al que le fue dictaminada una pérdida del 68.5%, con fecha de estructuración del 18 de febrero de 2009, por enfermedad de origen común. El actor cotizó durante más de un año después de la fecha de estructuración. Solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y ésta le fue negada porque no contaba con 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración.

Al analizar la procedencia general de la tutela, este Tribunal indicó que la tutela era el mecanismo para proteger los derechos del accionante, pues presentaba una pérdida de capacidad laboral del 68.5%, la enfermedad que presentaba era congénita, tenía episodios de demencia, y el pronóstico de recuperación funcional era "pobre". El demandante requería de ayuda para ir al baño y vestirse, sus desplazamientos por fuera del hogar debían realizarse necesariamente con un acompañante. Además, se demostró que se trataba de una persona que no contaba con recursos para su subsistencia.

Por consiguiente, esta Corporación consideró que resultaba desproporcionado someter al accionante a la espera de que se resolviera el asunto en un proceso ordinario, pues su situación de salud lo hacía cada día más dependiente y se evidenciaba que prácticamente no había posibilidad de retorno al mercado laboral. Así pues, concluyó que la tutela era procedente como mecanismo definitivo en la medida en que los

medios judiciales ordinarios implicaban una espera prolongada que agravaría su situación, por lo que resultan ineficaces para el caso concreto.

Asimismo, en sentencia T-485 de 2016[36] la Corte estudió la tutela presentada por un hombre de 35 años de edad, que sufría de epilepsia desde que tenía cinco años de edad. El accionante solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez pero la prestación le fue negada porque no tenía 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración fijada en el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

En esa oportunidad, la Sala Sexta de Revisión analizó la idoneidad del proceso ordinario laboral de cara a las condiciones particulares del demandante. Específicamente, tuvo en cuenta que presentaba una pérdida de capacidad laboral del 53,25%, la enfermedad había empeorado de forma progresiva durante los últimos cuatro años, y al momento de presentar la tutela tenía hasta seis episodios de convulsiones en un día, lo que daba cuenta de su grave estado de salud y la incapacidad para continuar con su vida laboral.

Adicionalmente, se demostró que a pesar de su enfermedad el actor trabajaba pero no recibía un salario fijo, sino que recibía comisiones por las ventas de pólizas de seguros, las cuales no representaban ni siquiera un salario mínimo legal mensual vigente. En este sentido, se evidenció que a pesar de que trabajaba, no contaba con los ingresos suficientes para cubrir sus gastos básicos y satisfacer su mínimo vital.

Por lo tanto, se concluyó que a pesar de que prima facie, el procedimiento ordinario laboral era el mecanismo principal para resolver la controversia planteada por el demandante, éste no resultaba eficaz para proteger de forma inmediata los derechos fundamentales del peticionario, por lo que se hace necesaria la intervención del juez constitucional.

20. **En el caso objeto de análisis, las circunstancias fácticas permiten establecer que el proceso ordinario laboral, que prima facie es el mecanismo principal con el que cuenta el actor para obtener la protección de sus derechos fundamentales, en su caso particular no resulta idóneo ni eficaz. En efecto, contrario a lo afirmado por el juez de única instancia y las entidades vinculadas, la prolongación de los procedimientos judiciales ante la jurisdicción laboral y el término en el que se decidiría el eventual cuestionamiento de las razones esgrimidas por Colfondos S.A. para negar la pensión de invalidez al accionante, resultan muy gravosos para el peticionario.**

En primer lugar, de la historia clínica, los dictámenes de pérdida de capacidad laboral, y la respuesta del accionante en sede de revisión[37], la Sala evidencia que la situación de salud del accionante se deteriora a medida que pasa el tiempo. En efecto, el señor Fonseca Rodríguez debe acudir a la clínica por lo menos tres veces a la semana para recibir las profilaxis, que le son practicadas como parte del tratamiento de la hemofilia severa que padece. Del mismo modo, debe acudir

a urgencias regularmente porque las hemorragias son cada vez más constantes, al punto que se han deformado sus extremidades. En ese orden de ideas, siente dolores y calambres, y en la actualidad los médicos evalúan la posibilidad de practicar una cirugía para mejorar su movilidad.

En segundo lugar, el demandante no puede valerse por sí solo y debe contar con un acompañante para realizar sus actividades. Además, sólo se puede transportar en taxi, porque su movilidad es reducida. Así pues, además de sufrir los efectos físicos de su situación de salud, el accionante depende de la asistencia de otras personas para poder desarrollar su vida diaria. Igualmente, debe asumir costos que sin duda alguna exceden sus limitados ingresos, precisamente en razón de condición de discapacidad.

En tercer lugar, la situación económica del actor es precaria, pues a pesar de tener un título profesional, debido a su condición de discapacidad ya no puede desempeñarse laboralmente. En la actualidad, presta su servicio de asesoría a un particular, con quien acordó recibir como contraprestación la suma de \$200.000 pesos y los aportes al sistema. De ahí que sea evidente que los gastos del accionante superan ampliamente sus ingresos, pues sin contar el pago de la matrícula de la universidad, estos ascienden aproximadamente a \$1'500.000 pesos.

En este sentido, la Sala observa que el actor merece especial protección, en la medida en que se encuentra en situación de discapacidad y a pesar de que trabaja, no cuenta con los ingresos suficientes para cubrir sus gastos básicos y satisfacer su mínimo vital, características que lo hacen acreedor de un cuidado especial por parte del Estado. En particular, se advierte que el actor no recibe siquiera un salario mínimo legal vigente en ingresos, por lo que exigirle acudir a la jurisdicción ordinaria lo llevaría a una situación más gravosa para solicitar la protección de sus derechos fundamentales.

En consecuencia, las circunstancias particulares del accionante demuestran que en su caso particular resulta desproporcionado exigir que acuda al proceso ordinario laboral para reclamar la pensión de invalidez, y por lo tanto éste no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales alegados. Por lo tanto, en caso de que se reconozca la pensión solicitada, la tutela se concedería como mecanismo definitivo.

21. Las consideraciones expuestas previamente dan cuenta del cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela bajo examen. En consecuencia, la Sala emprenderá el análisis del problema jurídico de fondo anunciado en el fundamento jurídico 5 de esta sentencia. Por lo tanto, la Sala se referirá al derecho fundamental a la integración laboral de las personas en condición de discapacidad como materialización del derecho fundamental a la igualdad.

El derecho a la igualdad y la integración laboral de las personas en condición de discapacidad.

22. De conformidad con el Preámbulo de la Constitución, la igualdad constituye uno

de los valores fundantes del Estado colombiano. Además, el artículo 13 superior prevé el derecho a la igualdad en sus dos facetas: formal y material.

Desde el punto de vista formal, esta prerrogativa comporta la obligación de tratar a todos los individuos con la misma consideración y reconocimiento. En ese sentido, el Estado tiene el deber de abstenerse de concebir normas, diseñar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas, o adoptar decisiones e interpretaciones del Derecho, que conduzcan a agravar o perpetuar la situación de exclusión, marginación o discriminación de grupos menos favorecidos de la sociedad.[38]

Por otra parte, la igualdad en sentido material, apunta a superar las desigualdades que afrontan las personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, o ciertos grupos tradicionalmente discriminados o marginados. Para lograr esta finalidad, el Estado tiene la obligación de adoptar acciones afirmativas, es decir, medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades que los afectan, o de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, tengan una mayor representación, y así, estén en condiciones de igualdad en dignidad y derechos.[39]

La Corte[40] ha señalado que la omisión del Estado de adoptar medidas diferenciales a favor de grupos vulnerables, marginados o históricamente discriminados, vulnera su derecho a la igualdad.

En particular, el Estado tiene el deber de desarrollar acciones afirmativas en relación con las personas en situación de discapacidad, con el fin de contrarrestar los efectos negativos generados por su condición, y hacer posible su participación en las distintas actividades que se desarrollan en la sociedad.[41]

En concordancia con lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que, cuando se omite implementar acciones afirmativas en favor de este grupo que merece especial protección constitucional, se incurre en una forma de discriminación, debido a que tal omisión perpetúa la estructura de exclusión social e invisibilidad a la que han sido sometidas históricamente las personas en condición de discapacidad, y obstaculiza el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.[42]

Para verificar la existencia de un acto contrario a la igualdad por omisión de acciones afirmativas, deben concurrir los siguientes requisitos: "(1) un acto - jurídico o de hecho - de una autoridad pública o de un particular, en los casos previstos en la ley; (2) la afectación de los derechos de personas con limitaciones físicas o mentales; (3) la conexidad directa entre el acto, positivo u omisivo, y la restricción injustificada de los derechos, libertades u oportunidades de los discapacitados."[43]

23. **El artículo 54 de la Constitución establece que "[e]s obligación del Estado y los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud".**

En desarrollo de dicho mandato, el artículo 4º de la Ley 361 de 1997[44] establece la obligación del Estado de poner a disposición todos los recursos necesarios para la protección de las personas con discapacidad, entre otros, con el fin de conseguir su integración laboral. La Corte ha establecido que el concepto de integración implica la ubicación laboral acorde con las condiciones de salud y el acceso efectivo a los bienes y servicios básicos para la subsistencia y el sostenimiento de la familia, para todos aquellos que se encuentren en edad de trabajar.

En particular, el ámbito laboral constituye un espacio trascendental para el cumplimiento del objetivo de integración social de las personas en situación de discapacidad. Así, los principios de integración laboral y de estabilidad laboral han sido consagrados con el objetivo de lograr la "(...) igualdad real entre este grupo poblacional y el resto de las personas. En este orden de ideas, cuando se habla del deber estatal de dar un trato diferenciado a las personas discapacitadas para proteger su derecho al trabajo, se tiene como finalidad que, así como las otras personas en la sociedad, este grupo pueda desarrollarse en el ejercicio de una labor que le permita ser útil en el conglomerado social."[46]

En síntesis, las acciones afirmativas relacionadas con posibilitar el derecho al trabajo de las personas en condición de discapacidad, conllevan la materialización del derecho a la igualdad, al permitir una verdadera integración en la sociedad.

A continuación, se hará una breve referencia al derecho fundamental a la seguridad social y el marco normativo de la pensión de invalidez.

El derecho a la seguridad social y la pensión de invalidez.

24. El artículo 48 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a la seguridad social y, específicamente, hace referencia a la seguridad social en pensiones. De conformidad con el artículo mencionado, la seguridad social tiene doble connotación: (i) se trata de un servicio público de carácter obligatorio, cuya cobertura se debe ampliar progresivamente y se encuentra bajo la dirección, coordinación y control del Estado, a quien corresponde desarrollarlo a través de leyes, y (ii) es un derecho fundamental que se garantiza a todos los habitantes, cuyo contenido está íntimamente ligado a la dignidad humana.[47]

En relación con el primero de estos elementos, el artículo 48 Superior dispone que los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a cualquier tipo de prestación y, en particular, la pensión de invalidez, serán los establecidos por las leyes del Sistema General de Pensiones.

25. El artículo 48 Superior y el artículo 2º de la Ley 100 de 1993, establecen que el servicio público de seguridad social se debe prestar con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Para el caso que se analiza, resulta relevante el segundo de estos principios.

El principio de universalidad supone que se proteja a todas las personas, sin ninguna discriminación y en todas las etapas de la vida. Este principio se ve reflejado en el objeto del Sistema General de Pensiones, que tiene como finalidad (i) garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la

vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones, y (ii) propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones.[48]

26. La normativa referente a la pensión de invalidez está contenida en la Ley 100 de 1993, la cual establece la noción jurídica de invalidez, define los requisitos, el monto de la pensión de invalidez y señala las reglas aplicables a esta pensión en cada uno de los regímenes del sistema.

El artículo 38 de la normativa en cita 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."

Conforme a los artículos 42 y 43 de la Ley 100 de 1993, corresponde a las entidades del sistema (ISS, ARP, EPS y aseguradoras) y a las juntas regionales y Junta Nacional de Calificación de Invalidez, evaluar la pérdida de capacidad laboral de conformidad con los criterios contenidos en el Manual Único para la Calificación de Invalidez[49]. El dictamen expedido por aquellas entidades contiene la calificación del porcentaje de la pérdida de capacidad laboral y, en caso de que el afiliado sea calificado con más del 50% de pérdida de capacidad laboral, la determinación de la fecha en la que se estructuró el estado de invalidez.

La estructuración de la invalidez consiste en el momento en que se produce la pérdida de capacidad, y es definida en el artículo 3° del Decreto 1507 de 2014[50], como: "(...) 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, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado éstos. 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."

El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, refiere a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. Específicamente, la norma establece que para que una persona con pérdida de capacidad superior al 50% acceda a la pensión de invalidez por enfermedad de origen común, debe haber cotizado cincuenta semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de la estructuración.

En síntesis, de conformidad con las normas descritas, para obtener la pensión de invalidez, el afiliado debe: (i) tener una pérdida de capacidad calificada con un porcentaje igual o superior al 50%, y (ii) haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

Aclarada la naturaleza del derecho a la seguridad social y el marco normativo de la pensión de invalidez, a continuación la Sala se ocupará de analizar las reglas jurisprudenciales para el reconocimiento de esta prestación cuando la fecha de estructuración de la invalidez de una

enfermedad degenerativa, crónica o congénita es anterior al retiro material y efectivo del mercado laboral.

Fecha de estructuración de la invalidez y el retiro material y efectivo del mercado laboral.

27. El artículo 3º del Decreto 1507 de 2014, establece la forma en que debe declararse la fecha en que acaeció para el calificado, de manera permanente y definitiva, la pérdida de su capacidad laboral. A tal nivel de convencimiento debe arribar el personal calificado y especializado, a partir del análisis integral de la historia clínica y ocupacional, los exámenes clínicos y de las ayudas diagnósticas que se requieran.

En efecto, los dictámenes que emiten las Juntas de Calificación deben contener los fundamentos de hecho y de derecho con los que se declara el origen, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y la fecha de estructuración de la invalidez. De conformidad con el artículo 51 del Decreto 1352 de 2013[51], los fundamentos de hecho son aquellos que se relacionan con la ocurrencia de determinada contingencia, esto es, las historias clínicas, reportes, valoraciones o exámenes médicos periódicos y, en general, los que puedan servir de prueba para certificar una determinada relación causal.

El artículo 33 de la normativa en cita enlista distintos documentos que sirven de fundamento de hecho de la solicitud, como son el certificado de cargos y labores, realización de actividades y subordinación, las evaluaciones médicas ocupacionales de ingreso, periódicas o de egreso o retiro, y la certificación del estado de rehabilitación integral o de su culminación o la no procedencia de la misma, entre otros.

Así pues, la calificación integral de la invalidez, de la que hace parte la fecha de estructuración, deberá tener en cuenta los aspectos funcionales, biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, pues la finalidad es determinar el momento en que una persona no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral por la disminución de sus capacidades físicas e intelectuales.[52]

28. **En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que una persona es considerada inválida "(...) desde el día en que le sea imposible procurarse los medios económicos de subsistencia."**[53] **situación que no puede ser ajena a la valoración probatoria integral que deben realizar los expertos.**

Así las cosas, es razonable exigir la valoración integral de todos los aspectos clínicos y laborales que rodean al calificado, al momento de establecer la fecha de estructuración de la invalidez, debido al impacto que tal decisión tiene sobre el derecho a la seguridad social, lo que determina su relevancia constitucional[54].

29. Ahora bien, generalmente la fecha de estructuración coincide con la incapacidad laboral del trabajador; sin embargo, en ocasiones la pérdida de capacidad es progresiva en el tiempo y no concuerda con la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, existe una diferencia temporal entre la total incapacidad para continuar laborando y el momento en que inició la enfermedad, presentó su

primer síntoma u ocurrió el accidente según sea el caso[55].

La falta de concordancia entre la fecha de estructuración y el momento en que se presenta el retiro material y efectivo del mercado laboral, puede explicarse por la presencia de enfermedades crónicas, padecimientos de larga duración, enfermedades congénitas o degenerativas, bien sea porque se manifestaron desde el nacimiento o a causa de un accidente. Lo anterior implica que una pérdida de capacidad laboral generada de manera paulatina en el tiempo[56] en ocasiones no corresponde a la fecha de estructuración dictaminada, pues en los mencionados eventos, aquella se limita a informar el momento en que acaeció la enfermedad y no la circunstancia misma de la incapacidad para trabajar.

Esta situación puede llevar a la violación de los derechos fundamentales de las personas que, a pesar de tener una invalidez que se agrava de manera progresiva, se han integrado al mercado laboral y han realizado los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. En efecto, después de haber ejercido una labor que les permitió integrarse al mercado laboral, su situación de salud puede desmejorar al punto de que ya no pueden trabajar, y al momento de solicitar el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, los fondos de pensiones aplican el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 y no tienen en cuenta las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, por lo que niegan el reconocimiento de sus derechos pensionales.

30. **Para esta Corporación tales prácticas son reprochables por dos razones. En primer lugar, constituyen un enriquecimiento sin justa causa, debido a que: "(...) no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión"[57].**
31. En segundo lugar, comportan la violación del derecho fundamental a la igualdad de las personas en condición de discapacidad, porque desconocen que el Estado tiene la obligación de poner a disposición todos los recursos necesarios para la protección de este grupo poblacional. En efecto, cuando se niega el reconocimiento de una pensión de invalidez a una persona en condición de discapacidad, se desconoce el mandato constitucional de lograr la igualdad real entre este grupo poblacional y el resto de las personas, pues a pesar de haber hecho factible su integración laboral, se impide que en el momento en que resulte imposible continuar en el empleo con ocasión del agotamiento de su capacidad laboral residual, accedan al amparo contra la contingencia derivada de la invalidez.
32. Conforme a lo expuesto, para la Corte la invalidez que se agrava progresiva y paulatinamente en el tiempo merece un tratamiento jurídico especial y diferente al que se aplica a los casos ordinarios, que se concreta en la obligación de reconocer la pensión de invalidez con fundamento en todas las semanas cotizadas por el usuario hasta el momento en que presente su solicitud de reconocimiento pensional.

En particular, en la sentencia T-710 de 2009[58], este Tribunal estableció que existen casos en los que, a pesar del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, la persona conserva sus capacidades funcionales, continúa con su

trabajo y realiza aportes al sistema de seguridad social por un periodo de tiempo posterior a la fecha señalada como de estructuración de invalidez. En aquella oportunidad la Corte constató que el accionante se mantuvo activo en el mercado laboral, realizó las cotizaciones a seguridad social y sólo ante el progreso de la enfermedad, tuvo la necesidad de solicitar la pensión de invalidez y realizar la correspondiente calificación de pérdida de capacidad laboral. Bajo ese entendido, se estableció que la negativa de la administradora de pensiones a reconocer los aportes realizados con posterioridad a la determinación de la invalidez genera, de una parte, la falta de reconocimiento de su derecho pensional y, de otra, un beneficio injustificado de los aportes realizados por el usuario.

Posteriormente, en la sentencia T-163 de 2011[59], esta Corporación señaló que cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, a la que se le ha determinado una fecha de estructuración de forma retroactiva, se deben tener en cuenta los aportes realizados al Sistema durante el periodo comprendido entre dicha fecha y el momento en que el usuario pierde su capacidad para trabajar de forma permanente y definitiva.

Este criterio fue reiterado en la sentencia T-420 de 2011[60], en la que este Tribunal concluyó que la falta de correspondencia entre la fecha de estructuración de la invalidez y el momento en que se da la pérdida de capacidad laboral ante la existencia de una enfermedad degenerativa, puede acreditarse por: (i) el paso del tiempo entre el presunto día en que se generó la incapacidad para trabajar y la solicitud de la pensión; y (ii) la cotización con posterioridad al supuesto hecho incapacitante realizada por el usuario y el desarrollo de su actividad laboral hasta el momento en que sus condiciones de salud se lo permitieron.

De igual manera, en la sentencia T-158 de 2014[61], la Corte estableció que en el trámite de reconocimiento de pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, se debe tener como fecha real y efectiva el momento en que le fue imposible continuar activo en el mercado laboral, producto de la progresión de sus padecimientos. Por ende, es ese el momento en que perdió de forma definitiva y permanente su capacidad laboral y a partir del cual se debe verificar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la normativa aplicable en el caso concreto.

En la sentencia T-486 de 2015[62], esta Corporación indicó que la negativa de las entidades que administran los fondos de pensiones a reconocer estos derechos prestacionales en las especiales circunstancias descritas, genera la desprotección constitucional de los ciudadanos que persiguen el reconocimiento de su pensión. Por consiguiente, la Corte ha establecido como regla jurisprudencial especial que la verdadera fecha de estructuración de la invalidez es el día en que la persona pierde de forma definitiva y permanente su capacidad laboral, es decir, cuando presenta la reclamación de su pensión de invalidez, lo que implica que las instituciones encargadas del reconocimiento pensional deben tener en cuenta los aportes a pensiones realizados con posterioridad a la fecha de

estructuración determinada por la Junta de Calificación de Invalidez. Además, esta fecha determina el régimen jurídico aplicable, pues la invalidez plena y real es un hecho objetivamente verificable y se produce en vigencia de una determinada norma jurídica que regula el acceso a la pensión de invalidez, sin perjuicio de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

Posteriormente, la sentencia T-111 de 2016[64], reiteró la jurisprudencia antes citada y fijó unos presupuestos para aplicar esta regla especial de contabilización de semanas cotizadas. Específicamente, es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: (i) que el trabajador tenga una pérdida de capacidad laboral mayor al 50% como consecuencia de una enfermedad degenerativa, congénita o crónica; (ii) que luego de la fecha de estructuración, el afiliado haya conservado una capacidad laboral residual que le haya permitido seguir cotizando y completar las 50 semanas exigidas por la normatividad pertinente; y (iii) que no se evidencie el ánimo de defraudar al Sistema General de Seguridad Social.

33. En conclusión, las administradoras de pensiones no pueden desconocer la capacidad laboral residual que conservó una persona afectada por una enfermedad congénita, degenerativa o crónica, durante el tiempo posterior a la fecha de estructuración, por virtud de la cual continuó laborando y realizó las cotizaciones al sistema hasta el momento en el que de forma definitiva le fue imposible continuar trabajando. Por consiguiente, las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración deben ser tenidas en cuenta para verificar si se cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

A continuación se analizará el fondo del asunto. En particular, se estudiará si Colfondos S.A. desconoció los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Esfrit Alexander Fonseca Rodríguez, sin tener en cuenta que el afiliado laboró durante muchos años después de haberse estructurado la invalidez.

Análisis del caso concreto

34. En este caso el demandante indica que a pesar de que desde los siete años sufrió un accidente que le produjo distintas afecciones de salud, obtuvo un título profesional y labora desde el año 2013 hasta la actualidad. Sin embargo, ante el deterioro de su salud, el 26 de noviembre de 2016 fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Boyacá con un grado de pérdida de capacidad de 66.91% por enfermedad de origen común, estructurada el 9 de octubre de 1991.

El 13 de febrero 2017, el actor solicitó a Colfondos S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. No obstante, mediante oficios del 16 de junio de 2017 y del 15 de noviembre de 2017, Colfondos S.A. le informó que no tenía derecho a la pensión, pues la fecha de estructuración de la invalidez era anterior a la afiliación a esa entidad y en esa medida, no tenía 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la estructuración.

35. En el trámite de la tutela, tanto Colfondos S.A. como Seguros Bolívar S.A., reiteraron que no estaban obligadas a reconocer la pensión de invalidez porque la fecha de estructuración era anterior a la afiliación del demandante al sistema. Por

consiguiente, solicitaron que se negara la tutela.

36. De los hechos mencionados se evidencia que Colfondos S.A. vulneró los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna del actor, al abstenerse de contabilizar las semanas cotizadas al sistema con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. En efecto, de conformidad con los fundamentos jurídicos 27 a 33 de esta providencia, cuando la persona pudo aprovechar su capacidad laboral residual y cotizó al sistema general de pensiones con posterioridad a la fecha de estructuración, el momento a partir del cual se evalúan los requisitos para acceder la prestación es la fecha en la que solicita la pensión de invalidez.

37. **En ese sentido, la Sala encuentra que la situación del actor es la siguiente: (i) padece "hemofilia B severa" (enfermedad crónica), y "trauma medular con paraplejia". No controla esfínteres, presenta el acortamiento de una pierna, y en los últimos años de su vida escolar sufrió la luxación del fémur izquierdo, por lo que la rodilla derecha y el cuello del pie izquierdo se deformaron. Por lo tanto, fue calificado con un grado de pérdida de capacidad de 66.91% por enfermedad de origen común, estructurada el 9 de octubre de 1991; (ii) a pesar de que padece la enfermedad desde los siete años de edad, trabajó y empezó a cotizar en el Sistema General de Seguridad Social en Pensión ininterrumpidamente desde 2013, (iii) acredita un total de 158,73 semanas dentro de los tres años anteriores a la solicitud de la pensión, y en total 274,27 semanas cotizadas al sistema, todas con posterioridad a la fecha de estructuración[65]; (iv) no recibe ni siquiera un salario mínimo legal vigente debido a que su situación de salud sólo le permite prestar asesorías.**

En ese orden de ideas, es evidente que el trabajador tiene una pérdida de capacidad laboral mayor al 50% como consecuencia de una enfermedad catastrófica, crónica y degenerativa (la historia clínica[66] y los dictámenes de pérdida de capacidad[67] lo demuestran); luego de la fecha de estructuración, el afiliado conservó la capacidad laboral residual, que le permitió seguir cotizando y completar las 50 semanas exigidas por la normativa vigente; y no se evidencia el ánimo de defraudar al Sistema General de Seguridad Social.

En consecuencia, es claro que el actor tiene derecho a la pensión de invalidez, y al negar su reconocimiento bajo el argumento de que no cumple con las 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, sin tener en cuenta las semanas cotizadas posteriores a tal fecha, Colfondos S.A. vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital.

Conclusiones y decisión a adoptar

38. Del análisis del caso planteado se derivan las siguientes conclusiones:
- Las acciones afirmativas tendientes a posibilitar el derecho al trabajo de las personas en condición de discapacidad, conllevan la materialización del derecho a la igualdad, al permitir una verdadera integración en la sociedad.
- Para obtener la pensión de invalidez, el afiliado debe: (i) tener una pérdida de capacidad calificada con un porcentaje igual o superior al 50%, y (ii) haber

cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

La invalidez que se agrava progresiva y paulatinamente en el tiempo merece un tratamiento jurídico especial y diferente al que se aplica a los casos ordinarios, que se concreta en la obligación de reconocer la pensión de invalidez con fundamento en todas las semanas cotizadas por el usuario hasta el momento en que presente su solicitud de reconocimiento pensional.

Cuando los fondos de pensiones no tienen en cuenta las cotizaciones efectuadas con posterioridad a la estructuración de la invalidez al verificar los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión: (i) incurren en enriquecimiento sin justa causa, debido a que a pesar de haberse beneficiado de los aportes se abstienen de contabilizarlos, y (ii) desconocen el derecho fundamental a la igualdad de las personas en condición de discapacidad, porque impiden que en el momento en que resulte imposible continuar en el empleo con ocasión del agotamiento de su capacidad laboral residual, accedan al amparo que conjure la contingencia derivada del agravamiento de la condición de discapacidad.

En este caso la acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo para proteger los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del accionante, debido a que se encuentra en condición de vulnerabilidad por su discapacidad y grave situación económica.

Colfondos S.A. vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del accionante al negarle el reconocimiento de su pensión de invalidez por no acreditar 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración y no tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a tal fecha, contrario a lo establecido por la jurisprudencia constitucional sobre el cumplimiento de dicho requisito.

39. Por las anteriores razones, la Sala revocará la sentencia de única instancia, proferida por el Juzgado 2º Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Tunja el 8 de febrero de 2018 y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor Esfrit Alexander Fonseca Rodríguez. En consecuencia, se ordenará a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, reconozca y pague la pensión de invalidez solicitada por el accionante. Además, la Sala advertirá a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. que lo decidido en esta providencia no afecta su derecho a repetir contra las aseguradoras con las que haya celebrado contratos de seguro previsional.

### III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, 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 de única instancia, adoptado por el Juzgado 2º Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Tunja el 8 de febrero de 2018. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital del señor Esfrit Alexander Fonseca Rodríguez.

SEGUNDO. En consecuencia ORDENAR a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, reconozca y pague la pensión de invalidez solicitada por el accionante.

TERCERO. ADVERTIR a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A. que lo decidido en esta providencia no afecta su derecho a repetir contra las aseguradoras con las que haya celebrado contratos de seguro previsional.

CUARTO. Por Secretaría General líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Integrada por los Magistrados Diana Fajardo Rivera y Alberto Rojas Ríos.

[2] A Folios 41-42 del Cuaderno Principal, se encuentra un CD y una impresión, que contienen fotografías y un video del accionante desplazándose en muletas.

[3] En el dictamen de pérdida de capacidad expedido por Seguros Bolívar (Folios 16-22 del Cuaderno Principal), consta que en el año 2016 el accionante presentó múltiples hemorragias, en las articulaciones y en las encías.

[4] A folio 10R del Cuaderno Principal, se encuentra la comunicación de la calificación efectuada por la Nueva EPS.

[5] Colfondos S.A. tiene un contrato de seguros con Seguros Bolívar sobre las pensiones de invalidez a cargo de la primera.

[6] A folios 14-22 del Cuaderno Principal, se encuentran (i) la comunicación de la calificación efectuada por Seguros Bolívar y (ii) el dictamen.

[7] A folios 24-26 del Cuaderno Principal.

[8] Esto consta en la comunicación de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá al accionante, que obra a folio 23 del Cuaderno Principal.

[9] A folio 27 ibídem, se encuentra la respuesta negativa de Colfondos S.A.

[10] Folios 28-30 ibídem.

[11] Folio 31, ibídem.

[12] A Folios 33 a 34, ibídem, se encuentran dos certificados: (i) del Banco Agrario de Colombia, en el que consta una obligación pendiente por \$2'800.000 pesos; y (ii) de la entidad financiera Crezcamos, en el que figura un saldo por \$69.250.26 pesos.

[13] A Folio 35, ibídem, consta copia del comprobante de pago de matrícula para cursar el programa de Psicología en la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, por valor de \$1'881.084 pesos.

[14] Folios 38 a 40, ibídem, constan: (i) copia del contrato de arrendamiento de vivienda urbana celebrado por el accionante el 1° de julio de 2016, en el que se obliga a pagar un canon por \$160.000 pesos; (ii) factura del servicio Claro por \$106.061 pesos; y (iii) una foto de un correo electrónico en la que consta el cobro de \$21.899 por la empresa de telefonía Movistar.

[15] A Folio 36, ibídem, se encuentra el acta de conciliación celebrada ante el ICBF el 5 de agosto de 2013, en la que el accionante se obliga a cancelar la suma de 100.000 pesos mensuales a favor de su hija, y la madre conserva la custodia.

[16] Folio 44, Cuaderno principal.

[17] A folios 50-69, del Cuaderno principal se encuentra la contestación de Colfondos S.A.

[18] Folios 70-76, Cuaderno principal.

[19] Folios 17-19, Cuaderno de Revisión.

[20] El memorial fue recibido mediante correo electrónico y obra a Folios 91-105 del Cuaderno de Revisión.

[21] Discrimina sus gastos mensuales así: (i) \$2.086.245 corresponden a la matrícula de la universidad; (ii) 160.000 al arriendo de una habitación; (iii) \$486.000 para transportarse en taxi a la universidad y a acudir a citas médicas; (iv) \$270.000 de cuota alimentaria de su hija; (v) \$250.000 de mercado; (vi) 350.000 para pagar obligaciones bancarias.

[22] Folio 97, Cuaderno de Revisión.

[23] Folio 94, Cuaderno de Revisión.

[24] Folios 23-89, Cuaderno de Revisión.

[25] ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERÉS. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se

presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

[26] Sentencia T-531 de 2002; M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[27] Sentencia T-460 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[28] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[29] Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[30] Vladimiro Naranjo Mesa.



[31] En sentencia T-313 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, se estableció: "En efecto, la Constitución y la ley estipulan un dispositivo complejo de competencias y procesos judiciales que tienen como objetivo común garantizar el ejercicio pleno de los derechos constitucionales, en consonancia con el cumplimiento de los demás fines del Estado previstos en el artículo 2 Superior. Por tanto, una comprensión ampliada de la acción de tutela, que desconozca el requisito de subsidiariedad, vacía el contenido de las mencionadas competencias y, en consecuencia, es contraria a las disposiciones de la Carta Política que regulan los instrumentos de protección de los derechos dispuestos al interior de cada una de las jurisdicciones."

[32] Sentencia T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[33] Ver sentencias T-441 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo y T-594 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[34] M.P. Rodrigo Escobar Gil. Esta decisión fue reiterada por la sentencia T-892A de 2006.

[35] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[36] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[37] De esta respuesta se corrió traslado a las entidades vinculadas y aquéllas no controversiaron las afirmaciones del accionante.

[38] Sentencia T-770 de 2012; M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[39] *Ibidem*.

[40] Ver sentencias C-531 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis, y T-551 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[41] Sentencia T-207 de 1999. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[42] Sentencia C-401 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[43] Sentencia T-288 de 1995. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[44] "Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones."

[45] Sentencia C-531 de 2000 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[46] Sentencia T-770 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[47] Ver la sentencia T-658 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[48] El objeto del Sistema General de Pensiones está definido en el artículo 10 de la Ley 100 de 1993.

[49] Según lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, se expidió el Decreto 917 de 1999 que adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez, que fue derogado por el Decreto 1507 de 2014.

[50] "Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional"

[51] "Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones."

[52] Sentencia T – 561 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[53] Casación de 17 de agosto de 1954, citada en Constaín, Miguel Antonio. Jurisprudencia del Trabajo volumen II, edit. Temis, Bogotá 1967. Pág. 725. Citada a su vez en la sentencia de esta Corporación T – 561 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[54] Sentencia T-697 de 2013 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-713 de 2014 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[55] Sentencia T-158 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[56] *Ibídem*.

[57] Sentencia T-699A de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[58] M.P. Juan Carlos Henao Pérez

[59] M.P. María Victoria Calle.

[60] M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[61] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[62] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[63] Al respecto ver las sentencias T-737 de 2015, T-065 de 2016 ambas con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y la T-080 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, entre otras.

[64] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[65] A folios 56-57 del Cuaderno de Revisión se encuentra el certificado de aportes a pensiones realizados por el accionante, el cual fue aportado como anexo por Seguros Bolívar S.A.

[66] Folio 6, cuaderno principal.

[67] Folio 26R, cuaderno principal. Se encuentra en el dictamen expedido por la Junta Regional de Calificación de Boyacá.



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 31 de diciembre de 2020

