

PENSION DE INVALIDEZ DE PERSONA CON ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGENITA-Se deberá tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez

(â€¦), de conformidad con la jurisprudencia constitucional acerca de la capacidad residual de las personas que sufren una enfermedad crónica, degenerativa o congénita que establece que, para efectos del análisis del requisito de semanas cotizadas para acceder a la pensión de invalidez, deben contabilizarse los aportes efectuados con posterioridad a la fecha de estructuración, â€¦ la accionante cumple con los requisitos de calificación de la pérdida de capacidad superior al 50% y el número de semanas exigidos por la ley.

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional/ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Reglas de procedencia

PENSION DE INVALIDEZ-Marco Legal/PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago

PENSION DE INVALIDEZ-Reglas establecidas por la Corte Constitucional para determinar la fecha de estructuración de la invalidez en los casos de enfermedad degenerativa, crónica o congénita

PENSION DE INVALIDEZ Y FECHA DE ESTRUCTURACION DE LA INVALIDEZ-Dificultad en contabilizar las semanas de cotización por el carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad

PENSION DE INVALIDEZ DE PERSONA CON ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGENITA-Las administradoras de pensiones no pueden desconocer la capacidad laboral residual que conserva una persona

(â€¦), las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, sobre las cuales no se constate el ánimo

de defraudar al sistema de seguridad social, deben ser tenidas en cuenta para verificar si se cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez. Además, para efectuar el cálculo de las semanas requeridas se pueden tomar como hitos temporales la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de la última cotización efectuada o la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para aplicar la regla especial de contabilización de semanas cuando hay capacidad laboral residual

HISTORIA LABORAL-Contenido y finalidad/HISTORIA LABORAL-Relevancia constitucional

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Orden a Fondo de Pensiones reconocer y pagar la pensión a sujeto de especial protección con pérdida de capacidad laboral, quien cumple requisitos

Referencia: Expediente T-8.612.153

Procedencia: Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira.

Asunto: Contabilización del requisito de cotización de 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración para el reconocimiento de una pensión de invalidez por enfermedad catastrófica y crónica.

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de junio de dos mil veintidós (2022).

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 segunda instancia, proferido por el Juzgado Segundo

Civil del Circuito de Pereira el 15 de diciembre de 2021, que revocó³ la decisión de primera instancia, adoptada por el Juzgado Primero Civil Municipal de Pereira el 2 de noviembre de 2021, en la que se declaró³ improcedente la tutela para reconocer la pensión solicitada y la concedió³ respecto del derecho de petición en el proceso promovido por Lizeth contra la Administradora de Fondos y Cesantías Protección (en adelante, Protección).

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, mediante Auto del 29 de marzo de 2022 la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional escogió³, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia.

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

Aclaración previa

En razón a que en el presente caso se hace referencia a datos específicos de la historia clínica de la accionante, la Sala advierte que, como medida de protección de su intimidad, es necesario ordenar que su nombre se suprima de esta providencia y de toda futura publicación de la misma para reservar su identidad.

En consecuencia, para efectos de identificar a la actora, y para mejor comprensión de los hechos que dieron lugar a la acción de tutela de la referencia, su nombre real ha sido reemplazado por uno ficticio¹, que se escribirá en letra cursiva.

I. ANTECEDENTES

El 21 de octubre de 2021, Lizeth, a través de apoderada judicial², interpuso acción de tutela contra Protección por considerar que esa administradora de pensiones vulneró³ sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital. Esto, porque la accionada negó³ el reconocimiento de una pensión de invalidez a favor de la accionante.

Hechos

1. El 1^o de abril de 2020, la accionante fue diagnosticada con carcinoma escamocelular vaginal en estadio IV4. El cáncer hizo metástasis al colon. Por esa razón, le fue practicada una colostomía.

1. La abogada afirma que su representada acude a controles regulares con médicos especialistas, debe realizarse exámenes periódicos y recibe terapia paliativa5.

1. Así mismo, en el escrito de tutela la apoderada indic  que desde que su representada inició el tratamiento médico   ella y su familia han subsistido del pago de las incapacidades hasta mayo de 2021 6. Sin embargo, a partir de junio de 2021, la EPS no ha otorgado más incapacidades a favor de la señora Lizeth porque el fondo de pensiones emitió   concepto de rehabilitación no favorable y haberse iniciado el proceso de reconocimiento de pensión ante el fondo de pensiones (sic) 7.

1. El 12 de noviembre de 2020, la señora Lizeth le solicit  a Protección que efectuara la calificación de pérdida de capacidad laboral8. El fondo de pensiones realiz  la calificación solicitada. El 2 de junio de 2021, la entidad determinó que la pérdida de capacidad laboral era de 71.26 %, con ocasión de una enfermedad de origen común, y fijó como fecha de estructuración el 1^o de abril de 20209.

1. El 16 de julio de 2021, la accionante solicit  a Protección el reconocimiento de la pensión por invalidez10. Mediante escrito del 30 de julio de 2021, Protección dio respuesta a la solicitud de la actora y reconoció a su favor la prestación económica de devolución de saldos. Según la entidad, la demandante no tenía derecho al reconocimiento de la

pensi3n de invalidez porque no acredit3   50 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuraci3n de la invalidez, ya que solo cotiz3 41  11, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1  de la Ley 860 de 2003.

1. Ante esta situaci3n, la señora Lizeth acudi3 a Protecci3n en búsqueda de asesoría. Una trabajadora de la administradora de pensiones le recomend3 que   esperara dos meses para radicar nuevamente la solicitud de pensi3n  12. Por esta raz3n, la accionante radic3 nuevamente la solicitud de pensi3n de invalidez, sin embargo,   ela entidad se neg3 en [sic] radicar por haberse resuelto ya dicha prestaci3n econ mica  13.

1. La abogada sostiene que la accionante cuenta con un total de 460 semanas cotizadas en su historia laboral14. Por esa raz3n, estima que la decisi3n de Protecci3n desconoci3 el precedente de la Corte Constitucional, que permite tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuraci3n del estado de invalidez, cuando se trata de enfermedades crónicas, degenerativas o catastróficas.

1. Con fundamento en la Sentencia SU-588 de 2016, la apoderada argument3 que en este caso se deb an contabilizar las semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de calificaci3n de la pérdida de capacidad laboral de la trabajadora. Es decir, tres años antes del 2 de junio de 2021. Indic3 que a partir de esta fecha la accionante acredita 100.8 semanas cotizadas y, por lo tanto, cumple con el requisito previsto por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensi3n de invalidez.

1. La apoderada agrega que la señora Lizeth es madre cabeza de familia, pues de ella dependen sus dos hijos de 25 y 23 años de edad, y su madre de 71 años. Además, hasta mayo de 2021, subsistieron con dinero proveniente del pago de incapacidades. Sin embargo, dejaron de recibir esos ingresos. Por lo tanto, su situaci3n económica es crítica   epues les ha tocado depender de familiares y conocidos para cubrir sus gastos de

subsistenciaâ€¢15.

Solicitud

1. La apoderada solicitÃ³ al juez de tutela: (i) amparar los derechos fundamentales de la accionante a la seguridad social, a la igualdad, a la vida en condiciones dignas y al mÃ¡ximo vital, y (ii) ordenar a ProtecciÃ³n â€œreconocer y pagar en forma inmediata y definitiva la pensiÃ³n de invalidez a la seÃ±ora Lizethâ€¢16.

Actuaciones en sede de tutela

Mediante auto del 21 de octubre de 2021¹⁷, el Juzgado Primero Civil Municipal de Pereira avocÃ³ el conocimiento de la tutela y ordenÃ³ notificar a ProtecciÃ³n, en calidad de accionada.

ContestaciÃ³n de ProtecciÃ³n

Mediante escrito del 29 de octubre de 2021¹⁸, el representante legal de ProtecciÃ³n solicitÃ³ declarar improcedente la acciÃ³n de tutela.

En primer lugar, indicÃ³ que la afiliada no demostrÃ³ las razones por las cuales el medio judicial ordinario de defensa era ineficaz para lograr la protecciÃ³n de sus derechos presuntamente afectados. En particular, explicÃ³ que la tutela no es el escenario dispuesto por el ordenamiento jurÃ©dico para el reconocimiento de asuntos pensionales, patrimoniales o econÃ³micos, pues ese tipo de prestaciones deben ser reconocidas a travÃ©s de la jurisdicciÃ³n ordinaria.

En segundo lugar, manifestÃ³ que la tutela tenÃa una pretensiÃ³n netamente econÃ³mica, y que â€œno representa desde ningÃºn punto de vista vulneraciÃ³n actual a un derecho fundamental de la accionante, pues no se evidencia algÃºn perjuicio irremediableâ€¢19. Al respecto, precisÃ³ que habÃa puesto a su disposiciÃ³n la prestaciÃ³n subsidiaria de devoluciÃ³n de saldos por un monto de \$17.614.152 pesos. Por lo tanto, no estaba ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En tercer lugar, resaltÃ³ que en este caso no se cumplÃ­an los requisitos establecidos en la Sentencia SU-588 de 2016. Concretamente, indicÃ³ que en esa decisiÃ³n se estableciÃ³ que para que se reconozca una pensiÃ³n de invalidez cuando los aportes se han realizado con posterioridad a la fecha de estructuraciÃ³n, es preciso que tales aportes se hayan realizado en ejercicio de la capacidad residual efectiva y probada del afiliado. En contraste, en el caso concreto, no podrÃ­a predicarse la capacidad residual de la actora porque los aportes realizados entre febrero de 2020 y mayo de 2021 eran producto del pago de incapacidades. En consecuencia, la seÃ±ora Lizeth â€œno [habÃ­a] desempeÃ±ado una labor u oficio propio de su cargo desde el aÃ±o 2020 hasta la fecha, dado [que permaneciÃ³] incapacitada por lo menos entre febrero de 2020 a mayo de 2021â€20. AdemÃ¡s, informÃ³ que precisamente ProtecciÃ³n habÃ­a asumido el costo de las incapacidades emitidas entre el 22 de septiembre de 2020 y el 31 de mayo de 2021.

Decisiones objeto de revisiÃ³n

Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 2 de noviembre de 2021²¹, el Juzgado Primero Civil Municipal de Pereira declarÃ³ improcedente la acciÃ³n de tutela.

En primer lugar, manifestÃ³ que la acciÃ³n de tutela no era el medio idÃ³neo para obtener el reconocimiento de la pensiÃ³n de invalidez. En efecto, â€œesta clase de litigios estÃ¡n atribuidos a la jurisdicciÃ³n ordinaria, en su especialidad laboral y de la seguridad social, consagradas en el artÃ­culo 2 del CÃ³digo Procesal del Trabajo y de la Seguridad Socialâ€²².

En segundo lugar, resaltÃ³ que, sin desconocer la gravedad de la patologÃ­a, las pruebas del expediente demostraban que la seÃ±ora Lizeth no estaba ante la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable. Lo anterior por dos razones: (i) porque contaba con el apoyo econÃ³mico de su familia. En efecto, de las declaraciones extraprocesales que anexÃ³ a la tutela se constatÃ³ que â€œla accionante [dependÃ­a] econÃ³micamente de su seÃ±ora madre y de un inmueble dado en arrendamiento y que [era] su seÃ±ora madre la que le [colaboraba] para la alimentaciÃ³n, dado que no [trabajaba] desde marzo de 2020â€²³, y (ii) porque los hijos de la demandante eran mayores de edad. Por lo tanto, considerÃ³ que debÃ­a ser el juez ordinario laboral quien definiera si habÃ­a lugar o no al reconocimiento de la

pensi3n de invalidez.

En tercer lugar, resalt3 que Protecci3n gener3 una expectativa leg3tima de volver a estudiar la solicitud de la demandante. Concretamente, se3al3 que una asesora de la administradora del fondo de pensiones le recomend3 a la afiliada que, despu3s de dos meses de la respuesta a su primera petici3n, radicara una nueva solicitud para obtener el reconocimiento de la pensi3n de invalidez. Sin embargo, la demandada no tramit3 la solicitud debido a que la prestaci3n econ3mica solicitada ya hab3a sido negada24.

En relaci3n con esta actuaci3n de Protecci3n, el a quo ampar3 el derecho fundamental de petici3n de la accionante. En particular, consider3 que era necesario proteger la expectativa que la demandada gener3 en la actora al asegurarle que era posible realizar un nuevo estudio de sus condiciones para otorgar la pensi3n de invalidez. Por lo tanto, le orden3 a Protecci3n que iniciara los tr3mites para recibir y analizar nuevamente la documentaci3n que radicara la se3ora Lizeth cuando solicitara nuevamente el reconocimiento de esa prestaci3n.

Impugnaci3n

El 8 de noviembre de 202125, la apoderada impugn3 la decisi3n del a quo. Primero, manifest3 que la acci3n de tutela era procedente, por las siguientes razones: (i) porque involucra a un sujeto que merece especial protecci3n constitucional. Al respecto, manifest3 que el caso involucraba a una persona con un diagn3stico de c3ncer en etapa terminal; (ii) debido a que la negaci3n de la pensi3n afectaba el derecho al m3nimo vital de la actora, quien dej3 de percibir el monto que recib3a por concepto de incapacidades; (iii) por cuanto el hecho de recibir el apoyo econ3mico de su madre no demostraba que efectivamente su derecho al m3nimo vital estuviera garantizado. Por el contrario, a pesar que la peticionaria percib3a un canon de arrendamiento por \$400.000 pesos, ten3a otros gastos que superaban ese monto, pues deb3a pagar arriendo, medicinas, servicios p3blicos y transportes, entre otros. As3 mismo, resalt3 que las responsabilidades y cargas que ella asum3a no se pod3an trasladar a su familia.

Por lo anterior, resalt3 que la tutela era el mecanismo id3neo para obtener la protecci3n de los derechos fundamentales de la actora. En efecto, se trata de una persona que merece especial protecci3n constitucional y que requiere de la protecci3n inmediata de sus

derechos fundamentales. En ese sentido, recalca³ que no pod³ exig³sele que acudiera a la Justicia Ordinaria Laboral para el reconocimiento de su prestaci³n, pues un tr³mite de este tipo estar³ tard³ndose entre 3 y 4 a³os, momento para el cual la accionante seguramente ya [estar³] muerta y no [podr³] gozar de la protecci³n de su m³nimo vital, una vida tranquila en condiciones dignas ni siquiera dependiendo de la caridad y ayuda de terceros³26.

Segundo, indic³ que la orden de realizar un nuevo estudio de su solicitud no garantizaba la protecci³n de sus derechos fundamentales. A su juicio, esa decisi³n tendr³ como efecto alargar la incertidumbre, preocupaci³n, empeorar el estado emocional y f³sico³ de la actora²⁷. En concreto, resalt³ que Protecci³n impuso cargas y trabas injustificadas en el tr³mite de solicitud de la pensi³n pues, a pesar de que la demandante ya hab³ finalizado el tr³mite administrativo, la demandada le recomend³ solicitar un nuevo estudio que posteriormente no tramit³.

Sentencia de segunda instancia

Mediante sentencia del 15 de diciembre de 2021²⁸, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira revoc³ la decisi³n del a quo. En su lugar, ampar³ el derecho fundamental a la seguridad social de la se³ora Lizeth.

El ad quem estableci³ que la jurisprudencia constitucional ha protegido los derechos fundamentales de personas que padecen de enfermedades cong³nicas, cr³nicas y/o degenerativas. Consider³ que en algunas ocasiones los fondos de pensiones se niegan a reconocerles la pensi³n de invalidez al tomar como fecha de estructuraci³n de la p³rdida de capacidad laboral el momento en el que se present³ el primer s³ntoma o la fecha del diagn³stico. Sin embargo, al hacerlo desconocen que las personas con estas patolog³as, pueden continuar desempe³ando labores, en ejercicio de su capacidad laboral residual.

Sin embargo, evidenci³ que en este caso concreto ni Protecci³n ni el juez de primera instancia tuvieron en cuenta el criterio fijado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-588 de 2016 al decidir sobre la solicitud presentada por la se³ora Lizeth. En consecuencia, le orden³ a la entidad accionada que [emitiera] un nuevo pronunciamiento acorde a las consideraciones vertidas en esta providencia³29.

Actuaciones en sede de revisi3n

Auto de pruebas

Por medio de Auto del 5 de mayo de 202230, la Magistrada sustanciadora vincul3 a Droguer3as Profamiliar S.A.S. (empleadora de la actora) al proceso y decret3 la pr3ctica de algunas pruebas. En concreto, formul3 una serie de preguntas a la accionante, a Droguer3as Profamiliar S.A.S., a Protecci3n y a la EPS Servicio Occidental de Salud31.

A continuaci3n se resumen las intervenciones recibidas en cumplimiento del Auto del 5 de mayo de 2022.

Respuesta de la actora

* Su hogar est3 compuesto por sus hijos de 25 y 24 a3os de edad y su madre de 72 a3os de edad. Adem3s, inform3 que ella y su familia dependen econ3micamente del pago de incapacidades, pero que la EPS no ha vuelto otorgarlas. Sin embargo, el empleador sigue efectuando el pago del salario en valor equivalente al m3nimo33 mientras que Protecci3n define su situaci3n pensional.

Por otra parte, indic3 que su madre recibe una pensi3n y que de esta deriva los recursos para sostenerse por s3 misma y para apoyar con algunos gastos del hogar que comparten.

* Su situaci3n econ3mica actual es cr3tica, pues debe cubrir los gastos de transporte para asistir a las citas m3dicas, comprar medicamentos y sufragar otros gastos relacionados con su enfermedad. As3 mismo, resalt3 que sus dos hijos dependen econ3micamente de ella. De esta manera, relacion3 sus gastos y los de sus dependientes que suman \$ 2.427.000 pesos34.

* Debido a su condi3n de salud, pasa la mayor parte de su tiempo en cama, pues los fuertes dolores no le permiten hacer absolutamente nada, para lo 3nico que sale de casa es

para asistir a algunas citas médicas³⁵. Además, indicó³ que actualmente es tratada con morfina y analgésicos, y recientemente le practicaron exámenes médicos para determinar si el cáncer ha hecho metástasis a otras partes del cuerpo y si es necesario retomar los tratamientos de quimioterapia o radioterapia.

* El 13 de enero de 2020, fue vinculada a Droguerías Profamiliar S.A.S.³⁶ mediante contrato de trabajo a término fijo. Este contrato fue renovado y actualmente está vigente. La actora desempeñaba funciones de administradora, cuadre de caja, realizar pedidos e inventario y ventas³⁷.

* En la actualidad no está en condiciones físicas para desempeñar ninguna actividad laboral, pues los dolores que presenta son tan fuertes que debe permanecer todo el día en cama³⁸.

* La accionante reseña³ su historial laboral de la siguiente manera:

Empleador

Periodo laborado

Hospital Santa Sofía de Manizales

Abril de 2007 a mayo de 2010

Hospital Santa Teresita de Pácora

Mayo de 2010 a junio de 2012

Fundación Cardiovascular

Diciembre de 2014 a abril de 2016

Centro médico de especialistas

Julio de 2016 a diciembre de 2016

Droguería Zapata

Enero de 2019 a marzo de 2019

Droguer as Profamiliar

Agosto de 2019 a diciembre de 2019

Droguer as Profamiliar

Enero de 2020 hasta la actualidad

* En cumplimiento de la sentencia de segunda instancia en el trámite de esta tutela, Protección volvió a estudiar su solicitud de pensión. Sin embargo,  ese ratificó en sus argumentos y neg  nuevamente la prestaci n 39.

Respuesta de Droguer as Profamiliar S.A.S.

Mediante escrito recibido por la Secretaría General de la Corte Constitucional el 11 de mayo de 202240, el representante legal de Droguer as Profamiliar S.A.S. inform 3:

* La señora Lizeth ha tenido dos vinculaciones laborales con la empresa. La primera, mediante contrato a término fijo del 15 de agosto de 2019 al 13 de noviembre de 201941. La segunda, mediante contrato a término fijo desde el 13 de enero de 2020 hasta la fecha42.

* La accionante est  vinculada laboralmente a la empresa  teniendo en cuenta su estado de salud y la calificación de la pérdida de la capacidad laboral 43. Sin embargo, la Droguer as Profamiliar S.A.S. est  a la espera del trámite de reconocimiento pensional para definir su situación laboral. Lo anterior,  teniendo en cuenta que la trabajadora no

puede cumplir con las funciones del cargo ya que por su estado de salud se le imposibilita desempeñar cualquier trabajo resultando imposible una reubicación laboral”44.

Agrego que, en caso de que no se otorgue la pensión de invalidez, la empresa iniciará los trámites legales para desvincular a la señora Lizeth pues “es en la obligación legal de tener a un trabajador que no puede cumplir con la prestación personal del servicio y que tampoco se encuentra con incapacidad médica vigente”45.

* Por último, indico que durante toda la relación laboral ha realizado los aportes a la seguridad social de la señora Lizeth. Para probar esta afirmación anexo el pago de los aportes a pensiones de los últimos seis meses.

Respuesta de la EPS Servicio Occidental de Salud

Mediante memorial recibido por la Secretaría General de la Corte Constitucional el 11 de mayo de 202246, la EPS Servicio Occidental de Salud informo lo siguiente:

* En el año 2020 la señora Lizeth presentó acción de tutela en contra de esa EPS con el fin de que se concedieran los servicios para el tratamiento diagnóstico de tumor maligno de exocervix. La tutela fue fallada a favor de la actora.

* La EPS ha asegurado el tratamiento y las pruebas diagnósticas que han sido requeridos por la afiliada.

* La última nota de la historia clínica de la accionante revela que del “examen físico se evidencia aumento progresivo en el tamaño de las lesiones”47. Además, la resonancia magnética “documenta progresión de la enfermedad”48. Sin embargo, en el momento no tiene tratamiento activo. Los médicos están a la espera de los resultados de una tomografía y un control de valoración por radioterapia para definir la

necesidad de presentar el caso en junta médica.

* En la actualidad, la accionante no tiene incapacidades radicadas en el portal de prestaciones económicas de la EPS ni ha sido valorada por temas relacionados con medicina laboral por parte de esa EPS.

Respuesta de Protección

Mediante memorial recibido por la Secretaría General de la Corte Constitucional el 17 de mayo de 2022⁴⁹, Protección inform³:

* La señora Lizeth est³ afiliada a Protección desde el 2 de agosto de 2007, fecha en la que se vincul³ por primera vez al sistema general de pensiones⁵⁰. Desde que est³ afiliada al sistema, ha tenido cotizaciones espor³dicas, as³: (i) en 2012 cotiz³ de enero a junio, (ii) en 2013 no cotiz³, (iii) en 2014 solo cotiz³ alrededor de 20 d³as, (iv) en 2017 y 2018 no cotiz³⁵¹.

* La ⁹ltima cotizaci³n al sistema general de pensiones se realiz³ en abril de 2022⁵². Sin embargo, estas cotizaciones no se han hecho en ejercicio de una capacidad laboral residual, porque la trabajadora ha estado incapacitada. Concretamente, recib³ el pago de incapacidades ^œdesde el 14/02/2020 hasta 02/11/2020, seg⁹n reporte dado por la EPS^œ⁵³. Posteriormente, Protección cubri³ el pago de las incapacidades desde el ^œ22/09/2020 hasta el 31/05/2021^œ⁵⁴. Esto ^œpor lo que los aportes los realiza el empleador cumpliendo obligaci³n legal^œ⁵⁵.

* En cumplimiento del fallo de segunda instancia, el 18 de enero de 2022, Protección le comunic³ a la señora Lizeth que ratificaba la decisi³n de negar la pensi³n de invalidez. En primer lugar, la entidad se³al³ que la demandante no ten³a 50 semanas cotizadas en

los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. En efecto, la actora tenía 41 semanas cotizadas en ese periodo.

En segundo lugar, manifestó que no concurrían los requisitos para acceder a la pensión por invalidez bajo los parámetros de la Sentencia SU-588 de 2016. Esto, por dos razones. Primero, porque con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, la accionante solo cotizó 34.58 semanas. Segundo, porque los aportes realizados al sistema entre febrero de 2020 y mayo de 2021 fueron producto de incapacidades, esto quiere decir que no hubo una prestación personal del servicio por parte de la señora Lizeth 56.

I. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

1. Con fundamento en 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 los fallos de tutela proferidos en el proceso de la referencia.

Asunto objeto de análisis y problema jurídico

1. La señora Lizeth fue diagnosticada con carcinoma escamocelular vaginal en estadio IV. El 2 de junio de 2021, fue calificada con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 71.26 % y fijó fecha de estructuración el 1º de abril de 2020. Por lo anterior, el 16 de julio de 2021 solicitó a Protección el reconocimiento de una pensión de invalidez. El fondo de pensiones le negó la prestación, al considerar que no acreditó el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Sin embargo, la accionante y el fondo de pensiones reconocieron que el empleador cotizó al sistema general de seguridad social con posterioridad a la fecha de estructuración.

1. La situación fáctica exige a la Sala examinar, en primer lugar, si en este caso la acción de tutela es procedente para controvertir las decisiones mediante las cuales el fondo privado de pensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por la accionante.

En caso de superar los requisitos de procedencia general de la acción de tutela,

la Sala analizará el fondo del asunto, el cual plantea el siguiente problema jurídico: ¿Protección desconoció los derechos fundamentales de la actora a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital al negarse a reconocerle la pensión de invalidez debido a que (i) la accionante no acreditó el requisito de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez exigido por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, y (ii) las semanas cotizadas con posterioridad a la estructuración de la invalidez fueron aportadas como consecuencia del pago de incapacidades?

Para resolver la cuestión planteada, es necesario abordar el análisis de los siguientes temas: primero, la procedencia formal de la tutela en el caso objeto de estudio; segundo, el contenido del derecho a la seguridad social, en particular, en lo que tiene que ver con la pensión de invalidez y sus requisitos; tercero, la fecha de estructuración de la invalidez y el retiro material y efectivo del mercado laboral; y cuarto, 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.

Examen de procedencia de la acción de tutela

Legitimación activa

1. El artículo 86 de la Constitución Política establece la facultad que tiene toda persona para interponer la 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. Según esta norma constitucional, es el titular de los derechos fundamentales cuya protección o restablecimiento persigue quien está legitimado para interponer la solicitud de amparo.

La legitimidad para interponer la acción de amparo está regulada por el artículo 1057 del Decreto 2591 de 1991. Esta norma dispone que la tutela puede presentarse: (i) directamente por el afectado, (ii) a través de su representante legal, (iii) por medio de apoderado judicial, o (iv) agente oficioso⁵⁸. El inciso final de este artículo también faculta al Defensor del Pueblo y a los personeros municipales para ejercer la tutela directamente.

1. En este caso, la actora está legitimada para presentar la solicitud de amparo. En efecto, Protección le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez y ella es titular de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital, cuya protección solicita por medio de esta acción constitucional. Así mismo, confirió poder especial a la abogada para presentar acción de tutela contra la entidad demandada⁵⁹.

Legitimación pasiva

1. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela puede promoverse en contra de cualquier autoridad pública, ante la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales del accionante. La solicitud de amparo también puede presentarse en contra de particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que 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 de estos derechos resulte probada⁶⁰. Además, mediante la Sentencia C-134 de 1994⁶¹, la Corte Constitucional indicó que debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra particulares que presten cualquier servicio público.

1. En este caso, la acción se presenta en contra del fondo privado de pensiones Protección. El artículo 4º de la Ley 100 de 1993⁶² dispone que las entidades públicas o privadas pueden prestar el servicio público de la seguridad social. Protección es una entidad privada encargada de administrar los recursos del sistema general de seguridad social en pensiones y cesantías. La accionante está afiliada a este fondo de pensiones, que decidió negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez. Por lo tanto, Protección es la entidad que presuntamente vulnera los derechos fundamentales de la demandante. En consecuencia, la entidad demandada está legitimada por pasiva en el caso que se analiza.

Inmediatez

1. 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, esta debe formularse en un plazo razonable desde el momento en el que se produjo el hecho vulnerador. Este requisito responde al propósito de “protección inmediata” de los derechos fundamentales, que implica que, pese a no existir un término específico para acudir al juez constitucional, las personas deben actuar diligentemente y presentar la acción de tutela en un tiempo razonable.

Es por esto que el requisito de inmediatez debe evaluarse en cada caso concreto, de conformidad con los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁶³.

1. En el caso objeto de revisión, la accionante radicó ante Protección la solicitud de pensión de invalidez el 16 de julio de 2021. El 30 de julio de 2021, el fondo de pensiones le informó que no tenía derecho al reconocimiento de la prestación solicitada y le reconoció

la devolución de saldos. Ante esta situación, el 21 de octubre de 2021, la apoderada interpuso la tutela. Es decir que la acción se presentó dos meses y veintidós días después de que la actora hubiera sido notificada de la respuesta negativa al reconocimiento de la pensión, esto es, de la acción que se identifica como vulneradora de los derechos fundamentales de la demandante. Este término se considera razonable, en tanto no se colige una tardanza en la interposición del amparo. Así pues, se cumple el presupuesto de inmediatez.

Subsidiariedad

1. El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que «esta 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». Es decir que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resultan idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe acudir a ellos y no a la tutela.

Sin embargo, aún cuando existan mecanismos dispuestos en el ordenamiento para la satisfacción de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, la tutela es procedente si se acredita: (i) que el mecanismo principal no es idóneo ni eficaz, o (ii) que a pesar de ser apto, no es lo suficientemente expedito para evitar que se configure un perjuicio irremediable⁶⁵.

1. El primer escenario descrito se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial. Este análisis, según la jurisprudencia de esta Corporación, no puede hacerse en abstracto, sino que depende del caso concreto, para lo cual deben tomarse en cuenta las características procesales del mecanismo y el derecho fundamental involucrado⁶⁶. Así, el mecanismo principal excluye la procedencia de la acción de tutela cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho fundamental invocado⁶⁷.

1. El segundo escenario se refiere a la interposición de la acción de tutela como mecanismo transitorio. La Corte Constitucional ha establecido que, en ese caso, debido a que existe un medio judicial principal, se debe demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable⁶⁸.

Tal perjuicio debe tener las siguientes características:

• (i) debe ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) debe ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable deben urgentes; y (iv) la acción de tutela debe ser impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad ⁶⁹.

1. De este modo, cuando exista otro medio de defensa judicial para salvaguardar los derechos reclamados, el juez constitucional deberá evaluar si este es idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico objeto de estudio. Asimismo, cuando exista un mecanismo idóneo, deberá verificar si en el caso particular la tutela es procedente excepcionalmente para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Por lo tanto, si existe un mecanismo principal, la acción de tutela será procedente solamente cuando se configure alguna de las dos hipótesis mencionadas.

1. 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 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

1. Sin embargo, esta Corporación ha señalado que su idoneidad debe ser valorada de cara a las circunstancias específicas del accionante⁷⁰. Así, en varias oportunidades, este Tribunal ha concluido que el mecanismo judicial ante la jurisdicción laboral no es idóneo ni eficaz para garantizar la protección oportuna de las personas en situación de discapacidad que solicitan la pensión de invalidez.

Por ejemplo, en la Sentencia T-350 de 2018⁷¹, la Corte estudió el caso de un hombre de 34 años que estaba afiliado a Colfondos. Desde los siete años de edad, el peticionario fue diagnosticado con hemofilia B severa, y trauma medular con paraplejia. En noviembre de 2016, la Junta Regional de Calificación de Boyacá calificó un porcentaje de pérdida de capacidad del 66.91% por enfermedad de origen común, estructurada el 9 de octubre de 1991. Colfondos negó el reconocimiento y pago de la pensión porque 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.

En ese caso, esta Corporación determinó que se cumplía con el requisito de subsidiariedad porque el proceso ordinario laboral no resultaba idóneo ni eficaz para obtener la protección de sus derechos fundamentales, por tres razones. Primero, porque dada la condición de salud del accionante, la espera de un proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral resultaba gravosa y desproporcionada para él. Segundo, porque el actor dependía de otras personas y debía incurrir en gastos onerosos de transporte para desarrollar sus actividades cotidianas. Tercero, porque su situación económica era precaria y no le permitía atender el monto de sus gastos.

Así mismo, en la Sentencia T-046 de 2017⁷², la Corte analizó la acción de tutela presentada por una mujer afiliada a Porvenir. La demandante había sido diagnosticada con porfiria intermitente y fue calificada con pérdida de capacidad laboral de 58,20 % estructurada el 13 de julio de 2015. La actora solicitó a Porvenir S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez el 7 de febrero de 2018. La prestación fue negada por el fondo de pensiones debido a que no cotizaba el mínimo de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Al estudiar el requisito de subsidiariedad, este Tribunal concluyó que el proceso ordinario laboral no era idóneo ni eficaz para proteger los derechos de la accionante. Esto, porque el

término de duración del proceso judicial ordinario y el término prolongado en el que se decidiría definitivamente la pretensión pensional, resultaban gravosos para la peticionaria. Lo anterior, por tres razones, a saber: (i) porque el tiempo transcurrido en el proceso judicial contribuiría al menoscabo de su salud y de su calidad de vida y frustraría el disfrute eventual de su pensión de invalidez, (ii) porque no tenía ingresos suficientes para cubrir sus necesidades básicas y las de sus hijos, por lo cual la falta de reconocimiento de la pensión afectarían su ánimo vital, y (iii) porque desplegó un ánimo de diligencia para obtener el reconocimiento de la pensión.

1. En caso sub iudice, el juez de primera instancia concluyó que la tutela era improcedente porque la demandante podía acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez. Sin embargo, la Sala considera que dicho mecanismo no resulta idóneo ni eficaz. Esto porque la prolongación de los procedimientos judiciales ante la jurisdicción laboral y el término en el que se decidiría el cuestionamiento de las razones esgrimidas por Protección para negar la pensión, resultan gravosos y desproporcionados para la peticionaria.

En primer lugar, la historia clínica allegada por la demandante demuestra que su condición de salud ha empeorado de manera constante y que está en la fase avanzada de una enfermedad catastrófica. En efecto, la señora Lizeth relata que la mayor parte de su día está en cama. Además, por los fuertes dolores que le causa la enfermedad debe recibir morfina y otros analgésicos. De igual modo, debe acudir constantemente a controles médicos, e incluso, está a la espera de que se defina por parte de los médicos si el cáncer hizo nueva metástasis. De lo anterior, se concluye que el estado de salud de la accionante es gravísimo, por cuanto la enfermedad progresiva que padece está en etapa avanzada.

En segundo lugar, a pesar de que la actora está vinculada laboralmente, no puede trabajar. En la actualidad, el empleador realiza el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social. Además, en sede de revisión el empleador manifestó que en caso de que no se otorgue la pensión de invalidez la empresa debería desvincularla. De otra parte, indicó que, además de sufrir los efectos físicos de la enfermedad, debe cubrir los gastos asociados

a su situación de salud y los de sus dependientes.

En tercer lugar, cabe resaltar que tanto la accionante como el empleador indicaron que la señora Lizeth no está en condiciones de realizar ninguna labor, dada la condición avanzada de su enfermedad.

Por lo anterior, la Sala observa que la actora merece una especial protección constitucional, en la medida en que se encuentra en situación de discapacidad por tener una enfermedad en una etapa que le impide trabajar. A pesar de que el empleador afirmó que le pagaba un salario mínimo, sostuvo que iba a desvincularla. Asimismo, en respuesta al auto de pruebas, la accionante afirmó que sus gastos ascienden a \$2.427.000 pesos y no cuenta con otros ingresos para cubrirlos y satisfacer su mínimo vital. Aunque la actora no aportó los documentos que sustentaran tal afirmación, la Corte Constitucional corrió traslado de las pruebas a las partes y la entidad accionada no contravirtió la suma de expensas relacionadas por la actora⁷³. Todas estas características la hacen acreedora de un cuidado especial por parte del Estado.

En ese orden de ideas, la duración del proceso ordinario demuestra la falta de idoneidad y eficacia del mecanismo principal para proteger los derechos de la peticionaria. Tal y como lo afirmó la apoderada en su escrito de impugnación, la demandante podría fallecer en el trámite del proceso ordinario laboral. Además, el empleador manifestó su intención de desvincularla ante su total incapacidad para trabajar.

Respecto al término de duración de los procesos ordinarios laborales, un estudio de tiempos procesales realizado en el año 2016 por el Consejo Superior de la Judicatura y la Corporación Excelencia en la Justicia⁷⁴ determinó que de un total de 460 procesos estudiados en primera instancia la duración nacional de esta etapa fue de 366 días corrientes, lo que equivale a 167 días hábiles de la Rama Judicial⁷⁵. Esto quiere decir que, solo en primera instancia, un proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral puede tardar más de un año.

Así pues, es desproporcionado exigirle que acuda al proceso ordinario laboral para reclamar la pensión de invalidez y, por lo tanto, en este caso las características del mecanismo principal demuestran que la tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados. Por consiguiente, en caso de que se reconozca la

pensi3n solicitada, la tutela se conceder3a como mecanismo definitivo.

Las consideraciones expuestas previamente dan cuenta del cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acci3n de tutela bajo examen. En consecuencia, la Sala analizar3 el problema jur3dico de fondo anunciado en el fundamento jur3dico 4 de esta sentencia. Por lo tanto, se referir3 al derecho fundamental a la seguridad social y al marco normativo de la pensi3n de invalidez.

El derecho a la seguridad social y la pensi3n de invalidez. Reiteraci3n de jurisprudencia⁷⁶

1. El art3culo 48 de la Constituci3n Pol3tica consagra el derecho a la seguridad social y, espec3ficamente, se refiere a la seguridad social en pensiones. De conformidad con esta disposici3n, la seguridad social tiene doble connotaci3n: (i) se trata de un servicio p3blico de car3cter obligatorio, cuya cobertura se debe ampliar progresivamente y se encuentra bajo la direcci3n, coordinaci3n y control del Estado, a quien corresponde desarrollarlo a trav3s de leyes, y (ii) es un derecho fundamental que se garantiza a todos los habitantes, cuyo contenido est3 3ntimamente ligado a la dignidad humana⁷⁷.

En su faceta de servicio p3blico, el mismo art3culo constitucional dispone que los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a cualquier tipo de prestaci3n y, en particular, la pensi3n de invalidez, son los establecidos por las leyes del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

1. El art3culo 48 superior y el art3culo 24 de la Ley 100 de 1993 establecen que el servicio p3blico de seguridad social se debe prestar con sujeci3n 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 discriminaci3n y en todas las etapas de la vida. Este precepto se ve reflejado en el objeto del Sistema General de Pensiones, que tiene como finalidad: (i) garantizar a la poblaci3n 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 pensiones⁷⁸.

En cuanto a la definición de invalidez, el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 establece que es "invalidez" 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 (COLPENSIONES, ARL, EPS y aseguradoras) y a las juntas regionales y a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez evaluar la pérdida de capacidad laboral de conformidad con los criterios contenidos en el Manual Técnico para la Calificación de Invalidez⁷⁹. 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 3º del Decreto 1507 de 2014⁸⁰ como:

"(a) 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 estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional."

El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º 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 acceda a la pensión de invalidez por enfermedad de origen común debe acreditar una pérdida de capacidad superior al 50 % y haber cotizado 50 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 por 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 laboral⁸¹

1. 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 2013⁸², 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 del Decreto 1352 de 2013 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

estructuraci3n, deber3 tener en cuenta los aspectos funcionales, biol3gicos, ps3quicos 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 disminuci3n de sus capacidades f3sicas e intelectuales⁸³.

1. En ese sentido, la Sala de Casaci3n Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que una persona es considerada "invalida" desde el d3a en que le sea imposible procurarse los medios econ3micos de subsistencia⁸⁴, situaci3n que no puede ser ajena a la valoraci3n probatoria integral que deben realizar los expertos.

As3 las cosas, es razonable exigir la valoraci3n integral de todos los aspectos cl3nicos y laborales que rodean al calificado, al momento de establecer la fecha de estructuraci3n de la invalidez, debido al impacto que tal decisi3n tiene sobre el derecho a la seguridad social, lo que determina su relevancia constitucional⁸⁵.

1. Ahora bien, generalmente la fecha de estructuraci3n coincide con la incapacidad laboral del trabajador; sin embargo, en ocasiones la p3rdida de capacidad es progresiva en el tiempo y no concuerda con la fecha de estructuraci3n de la invalidez, es decir, existe una diferencia temporal entre la total incapacidad para continuar laborando y el momento en que inici3 la enfermedad, present3 su primer s3ntoma u ocurri3 el accidente seg3n sea el caso⁸⁶.

La falta de concordancia entre la fecha de estructuraci3n y el momento en que se presenta el retiro material y efectivo del mercado laboral, puede explicarse por la presencia de enfermedades cr3nicas, padecimientos de larga duraci3n o enfermedades cong3nitas o degenerativas, bien sea porque se manifestaron desde el nacimiento o a causa de un accidente. Lo anterior implica que la p3rdida de capacidad laboral generada de manera paulatina en el tiempo⁸⁷ en ocasiones no corresponde a la fecha de estructuraci3n dictaminada, pues en los mencionados eventos, aquella se limita a informar el momento en que acaeci3 la enfermedad y no la circunstancia misma de la incapacidad para trabajar.

1. 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»⁸⁸.

1. 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 material 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.

1. 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 2009⁸⁹, 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, esta Corporación 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 para la administradora de pensiones que efectivamente recibió los aportes del usuario.

Posteriormente, en la Sentencia T-163 de 201190, 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 201191, 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 201492, 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 201593, 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 fecha cierta 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 beneficiosa⁹⁴.

Posteriormente, la Sentencia T-111 de 2016⁹⁵ reitera la jurisprudencia antes citada y fija 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 normativa pertinente; y (iii) que no se evidencie el ánimo de defraudar al Sistema General de Seguridad Social.

1. Además, en la Sentencia SU-588 de 2016⁹⁶, la Sala Plena estableció las reglas que deben ser tenidas en cuenta por las Administradoras de Fondos de Pensiones al momento de estudiar la solicitud de reconocimiento del derecho pensional de una persona con una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, las cuales serán reiteradas en esta oportunidad.

En primer lugar, la Administradora de Fondos de Pensiones no puede limitarse a hacer el conteo mecánico de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración y debe hacer un análisis especial caso a caso, en el que además de valorar el dictamen, debe tener en cuenta otros factores tales como las condiciones espec-

ficas del solicitante y de la patologíā padecida, así como su historia laboral.

En segundo lugar, corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones verificar que los pagos realizados después de la estructuración de la invalidez: (i) hayan sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado; y (ii) que estos no se realizaron con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social.

La mencionada sentencia de unificación señala que la capacidad laboral residual 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 y, 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.

En tercer lugar, una vez el fondo de pensiones verifica que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y que existen aportes realizados al sistema por parte del solicitante en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, debe determinar el momento desde el cual verificar el cumplimiento del supuesto establecido en la Ley 860 de 2003, es decir, que la persona cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración.

En particular, esta Corte ha considerado que ni el juez constitucional, ni la Administradora de Fondos de Pensiones, pueden alterar la fecha de estructuración que definieron las autoridades médicas competentes. Por lo tanto, para determinar el momento real desde el cual se debe realizar el conteo, las distintas Salas de Revisión han tenido en cuenta: (i) la fecha de calificación de la invalidez, o (ii) la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue en ese momento cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo de sustento económico, o, inclusive, (iii) la fecha de solicitud del reconocimiento pensional.

1. Ahora bien, la Corte ha estudiado casos en los que los accionantes realizaron los aportes con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez porque continuaban vinculados

laboralmente, pero estaban incapacitados. En esas decisiones se evidenciÃ³ que los aportes no se realizaron con el fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social.

Por ejemplo, en la Sentencia T-694 de 2017⁹⁷ esta CorporaciÃ³n amparÃ³ los derechos fundamentales al mÃ¡ximo vital y la seguridad social de un hombre diagnosticado con la enfermedad de Huntington, el cual fue calificado con una pÃ©rdida de capacidad del 66,35 %, con fecha de estructuraciÃ³n de la invalidez del 7 de julio de 2009, cuya solicitud de pensiÃ³n de invalidez fue negada por el fondo privado de pensiones por no acreditar el nÃºmero de semanas cotizadas exigido por la ley. Aunque el accionante demostrÃ³ que realizÃ³ aportes desde el mes de julio de 2009 hasta marzo de 2010, en vigencia de una relaciÃ³n laboral, la Sala advirtiÃ³ que entre el 17 de julio de 2009 y el 17 de agosto de 2010, el accionante estuvo cubierto por incapacidades con ocasiÃ³n de la enfermedad laboral.

La providencia mencionada considerÃ³ que, pese a que el perÃ³do de cotizaciones posteriores a la fecha de estructuraciÃ³n coincidÃa con las incapacidades reconocidas, esas semanas debÃan tenerse en cuenta para efectos de analizar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensiÃ³n de invalidez. En particular, la sentencia seÃ±alÃ³ que â€œno podÃa ni puede exigÃrsele al accionante que debÃa estar trabajando o reintegrarse a la labor que cumpliÃa para ese momento, porque como se seÃ±alÃ³, estaba haciendo uso de la incapacidad laboral que se le habÃa otorgado por el mÃ©dico respectivoâ€⁹⁸. En ese sentido, la Corte concluyÃ³ que el accionante tenÃa derecho a que el fondo de pensiones le reconociera los aportes realizados con posterioridad a la fecha de estructuraciÃ³n de la invalidez, â€œpues seguÃa vinculado a la empresa pero no podÃa reintegrarse porque estaba incapacitadoâ€⁹⁹.

1. En el mismo sentido, en la Sentencia T-046 de 2019¹⁰⁰, la Corte Constitucional estudiÃ³ la tutela presentada por una mujer que se desempeÃ±aba como empleada del servicio domÃ©stico a quien le fue dictaminada una pÃ©rdida de capacidad laboral del 58,20%. En esa ocasiÃ³n la administradora de pensiones negÃ³ el reconocimiento de la pensiÃ³n porque la accionante no cumpliÃa con el requisito de 50 semanas cotizadas en los tres aÃ±os anteriores a la estructuraciÃ³n de la enfermedad degenerativa y catastrÃ³fica que sufrÃa, y se negÃ³ a reconocer la pensiÃ³n contabilizando las 250 semanas cotizadas con posterioridad

a la fecha de estructuraci3n.

En la sentencia referida esta Corporaci3n advirti3 que las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuraci3n se realizaron mientras que la accionante estuvo incapacitada. Sobre el particular, se dijo que en virtud de los principios de buena fe, seguridad jur3dica, confianza leg3tima e igualdad, y en aras de hacer efectiva la especial protecci3n constitucional de la cual son titulares las personas en situaci3n de discapacidad, era preciso tener los aportes registrados por la accionante como efectuados en ejercicio de su capacidad laboral residual, pues se encontraba vinculada laboralmente con su empleador y en uso de las incapacidades m3dicas reconocidas a su favor.

1. Posteriormente, en la Sentencia T-279 de 2019101, esta Corte estudi3 el caso de un hombre de 34 a3os de edad que se desempe3aba como "cocotero de ca3a", a quien le fue dictaminada una p3rdida de capacidad laboral del 72.22 %, a causa de una enfermedad degenerativa y 3sta estaba en su fase terminal. La administradora de pensiones neg3 el reconocimiento de la pensi3n porque el accionante no cumpli3a con el requisito de 50 semanas cotizadas en los tres a3os anteriores a la estructuraci3n de la invalidez.

Este Tribunal ampar3 los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna y al m3nimo vital del accionante. Para tomar tal determinaci3n, la Corte tom3 en consideraci3n los pronunciamientos rese3ados anteriormente, seg3n los cuales el an3lisis del 3nimo defraudatorio de los aportes al sistema (posteriores a la estructuraci3n de la invalidez) debe estar guiado por los principios de buena fe, seguridad jur3dica, confianza leg3tima e igualdad. Al resolver el caso concreto, encontr3 que el historial de cotizaciones evidenciaba que, de las semanas cotizadas dentro de los tres a3os anteriores a la calificaci3n de la p3rdida de capacidad laboral, 62 de ellas correspond3an a per3odos efectivamente laborados y 240 d3as a per3odos de incapacidades. Sin embargo, la Corte determin3 que, en aplicaci3n de los principios antes citados, se deb3an contabilizar tanto las semanas efectivamente laboradas, como las que correspond3an a incapacidades.

Análisis del caso concreto

1. En este caso, la accionante indica que está vinculada a Protección desde el año 2007. Ha estado vinculada laboralmente a Droguerías Profamiliar S.A.S., mediante contrato a término fijo del 15 de agosto de 2019 al 13 de noviembre de 2019 y del 13 de enero de 2020 hasta la fecha. El 1º de abril de 2020 fue diagnosticada con carcinoma escamocelular vaginal en estadio IV. Por lo tanto, está demostrado que tiene una enfermedad catastrófica, progresiva y crónica¹⁰².

Por este motivo, solicitó la calificación de pérdida de capacidad laboral a Protección. El 2 de junio de 2021, ese fondo de pensiones privado emitió dictamen en el que calificó su pérdida de capacidad laboral en 71.26% con fecha de estructuración del 1º de abril de 2020.

El 16 de julio de 2021, solicitó a la demandada el reconocimiento de la pensión por invalidez y ésta negó su solicitud de pensión de invalidez por considerar que no cumplió con el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Sin embargo, la apoderada asegura que su poderdante acredita 100.8 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral. Además, indica que cuenta con un total de 460 semanas cotizadas en su historia laboral.

Protección solicitó declarar improcedente la acción de tutela porque la afiliada no demostró las razones por las cuales el medio judicial ordinario de defensa era ineficaz para obtener la protección de sus derechos presuntamente afectados. Así mismo, señaló que no cumplía con los requisitos fijados en la Sentencia SU-588 de 2016 porque no demostró que los aportes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, esto es, del 1º de abril de 2020, hubieran sido efectuados en ejercicio de su capacidad residual. Lo anterior, porque los aportes realizados entre febrero de 2020 y mayo de 2021 eran producto del pago de incapacidades.

1. De las pruebas que obran en el expediente, la Sala encuentra que la situación de la actora es la siguiente: (i) padece cáncer vaginal en etapa bastante avanzada. El cáncer hizo metástasis al colon y, por tal razón, se le practicó una colostomía. Por lo anterior, fue calificada con un grado de pérdida de capacidad del 71.26% con fecha de estructuración del 1º de abril de 2020; y (ii) a pesar de que padece la enfermedad desde esa fecha, continúa vinculada laboralmente a Droguerías Profamiliar, sociedad que ha realizado aportes a pensión durante la vigencia de las vinculaciones contractuales con esa empresa.

1. Sobre el segundo punto, la Sala llama la atención sobre una diferencia sustancial entre el reporte de historia laboral del 20 de julio de 2021 (emitido por protección y aportado por la accionante como anexo al escrito de tutela), y el reporte de historia laboral del 16 de mayo de 2022 (emitido y aportado por Protección en sede de revisión). En el segundo reporte, la entidad demandada, que emitió ambas certificaciones, eliminó el registro de los aportes correspondientes a los meses de octubre a diciembre de 2020 y de enero a junio de 2021. Estas semanas son las acreditó como cotizadas en el primer certificado que emitió el 20 de julio de 2021, y que la accionante adjuntó a su escrito de tutela.

Cabe resaltar que: (i) Protección no contravirtió el primer reporte de historia laboral que fue emitido por ese fondo de pensiones. Por el contrario, al dar respuesta al cuestionario de la Corte, reconoció que el empleador continúa haciendo las cotizaciones en cumplimiento de su deber legal; y (ii) en Sede de Revisión el empleador afirmó que ha realizado todos los aportes al sistema de seguridad social de la señora Lizeth ininterrumpidamente a partir de agosto de 2019. Por lo tanto, la Sala tomará como cierta la información contenida en el primer reporte de historia laboral emitido por Protección para la contabilización de las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez.

Así pues, el empleador había cotizado al Sistema de Seguridad Social con anterioridad a la estructuración de invalidez y continuó realizando aportes desde esa fecha hasta la actualidad. En particular, del reporte de aportes a pensiones emitido por Protección el 20 de julio de 2021 y que fue allegado por la actora como anexo al escrito de tutela¹⁰³ se advierte: (i) en los tres años anteriores a la fecha del dictamen de calificación de la pérdida de

capacidad laboral, esto es, del 2 de junio de 2021, se realizaron aportes por un total de 100,9 semanas de cotizaci3n, (ii) entre la fecha de estructuraci3n de la invalidez (1Âº de abril de 2020) y la fecha del dictamen de la calificaci3n de invalidez (2 de junio de 2021) se registran 60 semanas de cotizaci3n, y (iii) el empleador ha cotizado a pensiones ininterrumpidamente hasta la actualidad. La historia laboral referida muestra que estos aportes fueron efectuados por el empleador de la trabajadora con quien mantiene una vinculaci3n laboral vigente.

1. En ese orden de ideas, es evidente que la trabajadora tiene una pÃ©rdida de capacidad laboral mayor de 50%, como consecuencia de una enfermedad catastrÃ³fica, progresiva y crÃ³nica, en estado avanzado. AdemÃ¡s, luego de la fecha de estructuraci3n, la afiliada continuÃ³ vinculada laboralmente, situaci3n que le permitiÃ³ seguir cotizando y completar las 50 semanas exigidas por la normativa vigente.

1. Por otra parte, para constatar que los aportes realizados con posterioridad a la fecha de estructuraci3n de la invalidez no fueron realizados con el propÃ³sito de defraudar el Sistema de Seguridad Social, la Sala toma en consideraci3n lo dicho por la accionante y por el empleador. Ambos afirmaron que las semanas cotizadas se hicieron en virtud de la vinculaci3n laboral que tiene vigente con DroguerÃ¡as Profamiliar desde 2019. Por lo tanto, se presumirÃ¡n realizadas en ejercicio de la capacidad laboral residual de la demandante.

Ahora bien, la entidad accionada ha sido enfÃ©tica en que estos aportes no se efectuaron en ejercicio de la capacidad residual de la afiliada porque las cotizaciones registradas entre febrero de 2020 y mayo de 2021 fueron producto de incapacidades emitidas por el mÃ©dico tratante. De los reportes de pagos por incapacidades aportados por Protecci3n y de las manifestaciones de la accionante y de su empleador sobre la imposibilidad para desempeÃ±ar las labores por las que fue contratada por su enfermedad, existe la certeza de la ocurrencia de las incapacidades.

No obstante, tal y como se seÃ±alÃ³ en los fundamentos jurÃ¡dicos previos de esta providencia, las Sentencias T-694 de 2017104, T-046 de 2019105 y T-279 de 2019106 ampararon los derechos fundamentales al mÃ¡nimo vital y a la seguridad social de

accionantes diagnosticados con enfermedades degenerativas y crónicas cuyas solicitudes de pensión de invalidez fueron negadas por no acreditar el número de semanas cotizadas exigido por la ley. Las providencias referidas concluyeron que los demandantes tenían derecho a que los fondos de pensiones reconocieran los aportes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, debido a que estaban vinculados laboralmente pero no podían reintegrarse por estar incapacitados. Sobre este punto, la Corte estableció que, a pesar de que las cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración coincidían con las incapacidades reconocidas, esas semanas debían tenerse en cuenta para efectos de analizar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

Estos pronunciamientos proferidos por dos salas de revisión de la Corte Constitucional deben ser aplicados para resolver el caso concreto, en virtud de los principios de buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad¹⁰⁷ y en aras de hacer efectiva la especial protección constitucional de la cual es titular la accionante, pues la enfermedad que presenta impide su desempeño laboral y, en esa medida, que devengue algún ingreso. En consecuencia, la Sala considera que los aportes registrados por la accionante con posterioridad al 1º de abril de 2020 fueron efectuados en ejercicio de su capacidad laboral residual, porque se encontraba vinculada laboralmente con la sociedad empleadora y en uso de las incapacidades médicas reconocidas a su favor.

De igual manera, se advierte que dichas cotizaciones no tienen el ánimo de defraudar al sistema de seguridad social. En primer lugar, porque de acuerdo con los artículos 2º y 3º de la Ley 797 de 2003, es obligación del empleador realizar las cotizaciones al sistema de seguridad social de un trabajador incapacitado con el cual se mantiene un vínculo laboral vigente. En segundo lugar, porque su historial de cotizaciones demuestra que, a la fecha de interposición de la tutela, la accionante contaba con 460 semanas cotizadas. En tercer lugar, porque realizó aportes al sistema de seguridad social desde abril de 2007, fecha bastante anterior a la estructuración de su invalidez.

1. Por último, acerca del momento a partir del cual se verificará el cumplimiento de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, la Sala considera que en el presente caso debe tomarse la fecha de calificación de la invalidez,

pues a partir de esta es dable suponer que la enfermedad que padece el accionante le impidió desempeñar sus funciones. La Sala verifica que la actora cumple el requisito de 50 semanas cotizadas si se cuentan a partir de la fecha de calificación de invalidez, es decir, del 2 de junio de 2021.

Como se reseña anteriormente, del historial de semanas cotizadas por Protección se observa que entre la fecha de estructuración de invalidez (1  de abril de 2020) y la fecha del dictamen de pérdida de capacidad laboral (2 de junio de 2021) se acreditan 64,1 semanas de cotización. Además, dentro de los tres años anteriores a la fecha de calificación de la pérdida de capacidad laboral cotizó un total de 100,9 semanas.

El conteo de semanas se puede observar en el siguiente cuadro:

Semanas anteriores a la calificación de invalidez

Total de semanas

40,9

60 semanas

100,9 semanas

Por lo anterior, de conformidad con la jurisprudencia constitucional acerca de la capacidad residual de las personas que sufren una enfermedad crónica, degenerativa o congénita que establece que, para efectos del análisis del requisito de semanas cotizadas para acceder a la pensión de invalidez, deben contabilizarse los aportes efectuados con posterioridad a la fecha de estructuración, se concluye que la señora Lizeth Alzate cumple con los requisitos de calificación de la pérdida de capacidad superior al 50% y el número de semanas exigidos por la ley. Por esta razón, tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez.

1. En consecuencia, la Sala concluye que Protección vulneró los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna de la señora Lizeth. Al padecer una enfermedad

catastrófica, que es crónica y progresiva, Protección debió tener en cuenta las semanas de cotización posteriores a la estructuración de la invalidez para contabilizar las 50 semanas requeridas para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Cuestión final

1. En el fundamento jurídico 34 de esta sentencia, la Sala advirtió una diferencia entre los reportes de historia laboral emitidos por Protección el 20 de julio de 2021 y el 16 de mayo de 2022. En el segundo reporte, la entidad demandada eliminó el registro de los aportes correspondientes a los meses de octubre a diciembre de 2020 y de enero a junio de 2021.

Esta Corporación, ha advertido sobre la responsabilidad de las administradoras de fondos de pensiones que se derivan del manejo de información. Esto, porque la historia laboral de los afiliados tiene un valor probatorio para el reconocimiento y pago de pensiones. De ahí, se deriva la necesidad de que la información consignada en la historia laboral de los afiliados sea cierta, precisa, fidedigna y actualizada. Tal es el sentido del principio de veracidad o calidad intrínseco al tratamiento de los datos a cuyo cargo se encuentran la administradora del régimen pensional de prima media y los fondos privados de pensiones¹⁰⁸. En ese sentido, resulta clara la responsabilidad por parte de las administradoras de fondos de pensiones en lo relativo al manejo de la información que reposa en la historia laboral de sus afiliados.

Entonces, la Sala estima pertinente hacer un llamado de atención para que Protección se abstenga de realizar actuaciones, motu proprio, que impliquen alguna modificación en la historia laboral de los afiliados sin ninguna aclaración ni procedimiento previo. Esto porque tales actuaciones no garantizan la veracidad y claridad de las historias laborales a su cargo. Así pues, con este tipo de actuaciones la entidad demandada incumple sus responsabilidades frente al manejo de datos.

Conclusiones y decisión a adoptar

Del análisis planteado se derivan las siguientes conclusiones:

1. La Sala Sexta de Revisi3n de la Corte Constitucional analiz3 la acci3n de tutela interpuesta por una mujer contra el fondo privado de pensiones Protecci3n por la presunta vulneraci3n de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al m3nimo vital, a la igualdad y a la vida en condiciones dignas, con ocasi3n de la negativa a reconocer la pensi3n de invalidez porque se rehus3 a contabilizar los aportes realizados entre la fecha de estructuraci3n de la enfermedad y la fecha de calificaci3n de la p3rdida de capacidad laboral.

1. En primer lugar, respecto al requisito de subsidiariedad, encontr3 que en ciertas ocasiones el mecanismo ante la jurisdicci3n ordinaria laboral no era id3neo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales de personas en situaci3n de discapacidad que solicitaban el reconocimiento de la pensi3n de invalidez. En concreto, no era id3neo ni eficaz para proteger los derechos de la accionante, que est3 en la fase terminal de la enfermedad, por esa raz3n la tutela es procedente como mecanismo definitivo en este caso.

1. En segundo lugar, de acuerdo con el art3culo 39 de la Ley 100 de 1993, para obtener la pensi3n de invalidez el afiliado debe: (i) tener p3rdida de capacidad laboral calificada con un porcentaje igual o superior al 50 % y (ii) haber cotizado 50 semanas dentro de los tres a3os anteriores a la fecha de estructuraci3n de la p3rdida de capacidad laboral.

1. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporaci3n ha determinado que la invalidez que se agrava progresiva y paulatinamente merece un tratamiento jur3dico especial y diferente al que se aplica a los casos ordinarios, que se concreta en la obligaci3n de reconocer la pensi3n de invalidez con fundamento en todas las semanas cotizadas por el usuario hasta el momento en que presente su solicitud de reconocimiento pensional.

1. Es por esto que, como fue rese3ado en el fundamento jur3dico 28 de esta sentencia, la Sala Plena de esta Corporaci3n fij3 tres reglas que deben ser tenidas en cuenta por las

Administradoras de Fondos de Pensiones al momento de estudiar la solicitud de reconocimiento del derecho pensional de una persona con una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa. Bajo estas condiciones, las Administradoras de Fondos de Pensiones no pueden desconocer la capacidad residual de personas con este tipo de enfermedades, quienes con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez continúan cotizando al sistema de seguridad social.

1. Protección vulnera los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la vida digna y al ánimo vital de la 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 porque se realizaron mientras que estaba incapacitada. La actuación del fondo de pensiones contravino lo establecido en múltiples ocasiones por la jurisprudencia constitucional sobre el cumplimiento de dicho requisito.

1. Por las anteriores razones, la Sala confirmar y revocar parcialmente la sentencia de segunda instancia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira el 15 de diciembre de 2021. En concreto, confirmar la decisión, en el sentido de conceder el amparo y la revocar parcialmente para ordenar a Protección que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, reconozca la pensión de invalidez solicitada por la accionante y la incluya en la nómina para que la primera mesada pensional sea pagada, a más tardar, dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia.

I. 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.- CONFIRMAR los numerales primero y segundo de la sentencia de segunda instancia proferida el 15 de diciembre de 2021 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira, en el sentido de AMPARAR los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna, a la igualdad y al mínimo vital de Lizeth.

SEGUNDO.- REVOCAR el numeral tercero de la sentencia de segunda instancia proferida el 15 de diciembre de 2021 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira y, en su lugar, ORDENAR a la Administradora de Fondos y Cesantías Protección que dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, reconozca la pensión de invalidez solicitada por la accionante y la incluya en la nómina para que la primera mesada pensional sea pagada, a más tardar, dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia.

TERCERO.- LLAMAR LA ATENCIÓN a Protección sobre la necesidad de preservar la veracidad de los datos que están a su cargo. Por lo tanto, la Sala PREVIENE a esta administradora de fondos de pensiones para que, en lo sucesivo, se abstenga de realizar actuaciones, motu proprio, que impliquen alguna modificación en la historia laboral de los afiliados sin ninguna aclaración ni procedimiento previo.

CUARTO.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a las que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cómplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁNCHEZ MENDOZA

1 La Corte ha excluido de cualquier publicaci3n los nombres originales de los pacientes implicados en procesos de tutela en los que se revelan datos de su historia cl3nica en las sentencias T-267 de 2020 y T- 513 de 2015.

2 Folio 1, Cuaderno 3, archivo denominado "Anexos".

3 A Folios 37 a 42 del Cuaderno 3 archivo denominado "Anexos", est3 el historial de cotizaciones de la se3ora Lizeth.

4 A folio 15 del Cuaderno 3 archivo denominado "Anexos", est3 la sustentaci3n del dictamen de p3rdida de capacidad laboral en el que consta que el 1º de abril de 2020 fue diagnosticada con carcinoma escamocelular de vagina en estadio IV, por la especialidad de oncolog3a.

5 Escrito de tutela, Folio 1.

6 Ib3dem, Folio 2.

7 Escrito de tutela, Folio 2.

8 A folio 20 del Cuaderno 3 archivo denominado "Anexos", est3 el escrito en el que protecci3n notifica a la accionante los resultados de la calificaci3n de p3rdida de capacidad laboral. En este, la entidad accionada indica que la se3ora Lizeth present3 la solicitud de calificaci3n de p3rdida de capacidad laboral el 12 de noviembre de 2020.

9 Folio 20, Cuaderno 3, archivo denominado "Anexos".

10 Escrito de Tutela, Folio 3. As3 mismo, a folio 22 del Cuaderno 3 archivo denominado "Anexos" hay una constancia de asesor3a en el tr3mite de solicitud de pensi3n por invalidez.

11 Folio 26, Cuaderno 3, archivo denominado "Anexos".

12 Escrito de Tutela, Folio 3.

13 Ibídem.

14 A Folios 36 a 42 del Cuaderno 3 archivo denominado "Anexos", se encuentra la historia laboral de cotizaciones a Protección con fecha de generación de 20 de julio de 2021.

15 Escrito de tutela, Folio 2.

16 Escrito de Tutela, Folio 16.

17 Folio 1, archivo denominado "autoadmite".

18 Folios 3 a 20, archivo denominado "Respuesta Protección".

19 Folio 6, archivo denominado "Respuesta Protección".

20 Folio 11, archivo denominado "Respuesta Protección".

21 Folios 1 a 12, archivo denominado "fallo primera instancia".

22 Folio 8, archivo denominado "fallo primera instancia".

23 Ibídem.

24 Folio 9, archivo denominado "fallo primera instancia".

25 Folios 1 a 22, archivo denominado "Impugnación".

27 Folio 6, archivo denominado "Impugnación".

28 Folios 1 a 13, archivo denominado "Fallo Segunda Instancia Revoca Pensión Catastrófica".

29 Folio 12, archivo denominado "Fallo Segunda Instancia Revoca Pensión Catastrófica".
En concreto, el ad quem ordena:

â€œPrimero: REVOCAR el fallo de Primera Instancia proferido el dÃa 2 de noviembre de 2021, por parte del Juzgado Primero Civil Municipal de la ciudad, dentro de la acciÃ³n de tutela instaurada por la seÃ±ora Lizeth en contra de la Administradora De Fondo de Pensiones y CesantÃas ProtecciÃ³n S.A.

Segundo: En su lugar, CONCEDER la tutela del derecho fundamental a la seguridad social de la accionante frente al Fondo de Pensiones y CesantÃas PROTECCIÃ“N S.A.

Tercero: DEJAR sin efectos la decisiÃ³n negatoria de la prestaciÃ³n por invalidez de la demandante adoptada por el Fondo de Pensiones y CesantÃas ProtecciÃ³n S.A. ORDENARLE que a travÃ©s de su Representante Legal Judicial la doctora Juliana Montoya Escobar, emita un nuevo pronunciamiento acorde a las consideraciones vertidas en esta providencia dentro de los diez dÃas hÃbiles siguientes a la notificaciÃ³n de la presente providencia, realizando las averiguaciones del caso (â€!)â€

30 Expediente digital T-8.612.153.

31 En primer lugar, solicitÃ³ informaciÃ³n a la accionante sobre: (i) su estado de salud, (ii) su situaciÃ³n econÃ³mica, (iii) los lugares donde ha trabajado, y (iv) el nÃºmero de semanas cotizadas al sistema de seguridad social en pensiones.

En segundo lugar, buscÃ³ precisar quÃ© medidas adoptaron las partes para cumplir con la sentencia de segunda instancia del juez de tutela.

En tercer lugar, indagÃ³ si la demandante aÃ³n estaba vinculada laboralmente a la empresa DroguerÃas Profamiliar S.A.S. y si esa sociedad habÃa pagado las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social.

En cuarto lugar, oficiÃ³ a la EPS Servicio Occidental de Salud para que aportara la historia clÃnica de la accionante.

32 Respuesta de Alejandra Herrera, apoderada de Lizeth, en sede de revisiÃ³n.

33 IbÃdem, Folio 2.

34 La accionante no allegÃ³ ningÃºn comprobante de pago de estos valores.

35 Ibídem, Folio 1.

36 En el auto de pruebas se solicitó a la accionante que aportara el contrato laboral, sin embargo en el escrito manifestó que no está dentro de sus archivos.

37 Respuesta de Alejandra Herrera, apoderada de Lizeth, en sede de revisión, Folio 3.

38 Ibídem.

39 Respuesta de Alejandra Herrera, apoderada de Lizeth, en sede de revisión, Folio 4.

40 Respuesta de Droguerías Profamiliar S.A.S., en sede de revisión.

41 Anexo presentado por Droguerías Profamiliar en el que está el contrato a término fijo desde el 15 de agosto de 2019 al 13 de noviembre de 2019. Este contrato está firmado por las partes.

42 Anexo presentado por Droguerías Profamiliar en el que está el contrato a término fijo desde el 13 de enero de 2020 al 13 de abril de 2020. Este contrato no tiene la firma de las partes.

43 Respuesta de Droguerías Profamiliar S.A.S., en sede de revisión, Folio 4.

44 Ibídem.

45 Ibídem.

46 Respuesta de la EPS Servicio Occidental de Salud, en sede de revisión.

47 Folio 5, Respuesta de la EPS Servicio Occidental de Salud, en sede de revisión.

48 Ibídem.

49 Respuesta de Protección, en sede de revisión.

50 Aunque en su respuesta Protección indicó que la accionante se afilió por primera vez al sistema general de pensiones el 2 de agosto de 2007, en el reporte de cotizaciones anexo se refleja como primera fecha de cotización en mes de abril de 2007.

51 Anexo de la historia laboral presentado por Protección.

52 Anexo de la historia laboral presentado por Protección en el que se refleja como última fecha de aportes al sistema el mes de abril de 2022.

53 Respuesta de Protección, en sede de revisión, Folio 1.

54 Respuesta de Protección, en sede de revisión, Folio 2.

55 Ibidem.

56 Anexo comunicaci3n del 18 de enero de 2022, emitida por Protección.

57 ARTICULO 10. LEGITIMIDAD E INTERÉS. La acci3n de tutela podr3 ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuar3 por s3 misma o a trav3s de representante. Los poderes se presumir3n aut3nticos.

Tambi3n se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no est3 en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deber3 manifestarse en la solicitud.

Tambi3n podr3 ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

58 Sentencia T-531 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

59 En el archivo de anexos est3 el poder especial otorgado por la se±ora Lizeth con el fin de presentar acci3n de tutela en contra de Protección por violaci3n de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad, a la vida en condiciones dignas y al m3nimo vital.

60 Ver Sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

61 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

62 Artículo 4 La Seguridad Social es un servicio p3blico obligatorio, cuya direcci3n,

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

63 Ver Sentencias T-679 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo y T-606 de 2004, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

64 En sentencia T-313 de 2005, M.P. Jaime Cárdena 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.”

65 Ver Sentencias T-705 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-265 de 2020, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

66 Sentencia T-375 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

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

68 Sentencias T-736 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-620 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

69 Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-896 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

70 Sentencia T-279 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

71 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

73 Mediante oficio OPT-A-258/2022 del 13 de mayo de 2022, se corrió traslado a Protección de la respuesta de la parte demandante.

74 Estudio “Resultado de tiempos procesales” realizado por la Rama Judicial y Corporación Excelencia en la Justicia, publicado en el año 2016. https://www.ramajudicial.gov.co/documents/1545778/8829673/TOMO+I+TIEMPOS+PROCESALES_18122015.pdf/2da294fd-3ef6-4820-b9e0-7a892b1bdbf0 consultado el 22 de junio de 2022.

75 Ibídem, pág. 136.

76 En este acápite se reiteran las consideraciones de las Sentencias T-350 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-046 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

77 Ver Sentencias T-658 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-350 de 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

78 Artículo 10º de la Ley 100 de 1993.

79 En virtud de 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 “Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional”.

80 “Por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional”

81 Reiteración de la Sentencia T-279 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

82 “Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones.”

83 Sentencia T-561 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

84 Casación de 17 de agosto de 1954, citada en Constan, Miguel Antonio. Jurisprudencia del Trabajo volumen II, edit. Temis, Bogotá; 1967. Pág. 725. Citada a su vez en la Sentencia T-561 de 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

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

86 Sentencia T-158 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

87 Ibídem.

88 Sentencia T-699A de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

89 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

90 M.P. María Victoria Calle.

91 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

92 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

93 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

94 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.

95 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

96 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

97 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

98 Sentencia T-694 de 2017, consideración 8.6.1.

99 Sentencia T-694 de 2017, consideración 8.6.1.

100 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

101 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

102 Al respecto ver Sentencias T-354 de 2018 y T-456 de 2019, M.P. Cristina Pardo

Schlesinger.

103 Folios 36 a 45, del archivo denominado "Anexos".

104 M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

105 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

106 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

107 Sentencia SU-314 de 2017 M.P. Iván Escru a Mayolo: "El precedente horizontal tiene fuerza vinculante, atendiendo no solo a los principios de buena fe, seguridad jurídica y confianza legítima, sino al derecho a la igualdad que rige en nuestra Constitución".

108 Al respecto ver Sentencias T-101 de 2020, M.P. Cristina Pardo Schlesinger y T-436 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.