

Expediente T- 9.458.520

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Segunda de Revisión-

SENTENCIA T-480 DE 2023

Referencia: Expediente T- 9.458.520

Asunto: Pensión de invalidez de persona con enfermedad crónica, degenerativa o congénita

Magistrado sustanciador:

Juan Carlos Cortés González

Bogotá, D.C., catorce (14) de noviembre de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Jorge Enrique Ibáñez Najar y Juan Carlos Cortés González, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

1. 1. En el trámite de revisión del fallo de tutela proferido el 11 de mayo de 2023 por el Juzgado de Familia de Zipaquirá, que confirmó la decisión dictada el 21 de marzo del mismo año por el Juzgado Civil Municipal de Chía, mediante la cual se declaró improcedente la acción de tutela impetrada por Lucero en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en adelante Porvenir S.A.

Aclaración previa. Reserva de la identidad

2. De conformidad con el artículo 62 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, las Salas de Revisión podrán disponer que en la publicación de la sentencia se omitan nombres o circunstancias que puedan identificar a las partes del proceso. En razón a que el presente

caso implica hacer referencia a la historia clínica y demás información relativa a la salud física de la accionante, la Sala advierte que, como medida de protección de su intimidad, es necesario ordenar que se suprima de esta providencia y de toda futura publicación su nombre, así como cualquier otro dato o información que permita individualizarla. En consecuencia, la Sala cambiará el nombre de la persona involucrada por uno ficticio, que se escribirá en cursivas.

3. Por tanto, en atención a lo dispuesto en el Acuerdo 02 de 2015 y la Circular Interna N.º 10 de 2022, esta providencia se registrará en dos archivos: uno con el nombre real de la actora, que la Secretaría General remitirá a las partes y autoridades involucradas. Otro con el nombre ficticio, que seguirá el canal previsto por esta corporación para la difusión de información pública.

I. I. ANTECEDENTES

Hechos

4. El 6 de marzo de 2023, Lucero, quien tiene 35 años, promovió acción de tutela contra Porvenir S.A., por la presunta vulneración de su derecho a la seguridad social. Como pretensiones, solicitó el amparo de este derecho fundamental y que se le ordene al citado fondo concederle la pensión de invalidez.

5. Argumentó que padece una «discapacidad motora congénita llamada IMOC, tipo paraparesia espástica con alteración del patrón de la marcha, retracciones osteomusculares con flexión de cadera, flexión de rodillas y deformidad en valgo de rodilla». El 18 de mayo 2017, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca profirió dictamen en el que calificó a la señora Lucero con una pérdida de capacidad laboral del 52,48% y con fecha de estructuración del 17 de agosto de 2012. La accionante informó para ese entonces no trabajaba, pues se encontraba terminando sus estudios universitarios en administración de sistemas.

6. La accionante manifestó que, en 2017, acudió a Porvenir S.A. para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez, donde le informaron verbalmente que debía cotizar un año más. En enero de 2023, radicó la documentación necesaria ante dicho fondo

para pedir que le concedieran el mencionado derecho pensional. Pese a ello, en respuesta del 4 de marzo del mismo año, Porvenir S.A., sin referirse a la pensión que pidió la hoy actora, indicó que había aprobado la solicitud de devolución de saldos por un valor de \$7.931.736.

7. Al momento de presentar la acción de tutela, la demandante registraba en su historia laboral un total de 231,7 semanas cotizadas, así: (i) 90,09 semanas entre abril de 2013 y diciembre de 2014, (ii) 21,45 semanas entre febrero y junio de 2015, (iii) 12,87 semanas entre agosto y octubre de 2015, (iv) 38,61 semanas entre marzo y noviembre de 2017 y (v) 68,64 semanas entre julio de 2020 y octubre de 2021.

Actuaciones procesales en sede de tutela

8. En auto del 7 de marzo de 2023, el Juzgado Civil Municipal de Chía admitió la demanda y corrió traslado a la accionada.

9. Respuesta de Porvenir S.A. Solicitó que se desestimaran las pretensiones de la accionante, pues considera que esta no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Al respecto, explicó que el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003 exige, para el reconocimiento de dicha prestación, que el afiliado haya cotizado al menos 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, pese a lo cual la accionante no cotizó ni una semana. Aunado a lo anterior, Porvenir S.A. adujo que la acción de tutela instaurada es improcedente, pues desconoce el carácter subsidiario de este amparo judicial, de acuerdo con lo cual, la reclamación ha debido presentarse ante la jurisdicción ordinaria laboral. Además, sostuvo que la demandante no probó la existencia de un perjuicio irremediable para admitir esta acción constitucional como mecanismo transitorio.

Sentencia de primera instancia

10. En sentencia del 21 de marzo de 2023, el Juzgado Civil Municipal de Chía declaró improcedente la acción de tutela por incumplimiento del requisito de subsidiariedad. Sostuvo que ni de las pruebas ni de las circunstancias expuestas en la demanda se advierte que la falta de reconocimiento de la pensión de invalidez afecta de manera directa e inminente el mínimo vital de la accionante o que le impida llevar una vida en condiciones dignas. De

acuerdo con ello, estimó que Lucero debía acudir a la jurisdicción ordinaria laboral, como juez natural al que le corresponde dirimir las controversias relativas al reconocimiento pensional por invalidez.

Impugnación

11. La accionante recurrió el fallo, al considerar que el juez se abstuvo de analizar el estado de vulnerabilidad en el que se encuentra, que, a su juicio, se acredita con los siguientes hechos: (i) su diagnóstico médico es de carácter crónico, lo que significa que con el paso del tiempo su estado de salud se ha deteriorado, requiriendo nuevos tratamientos y medicamentos; (ii) esto le implica no solo recursos económicos sino también humanos, ya que para su desplazamiento requiere la asistencia de un acompañante; (iii) su condición de invalidez limita el acceso a un empleo, pues muy pocas empresas cuentan con las condiciones específicas para contratarla; (iv) en la actualidad no tiene ninguna fuente de ingresos; su sustento proviene de su hermano menor, quien además se hace cargo de su madre, una adulta mayor que también requiere de especiales cuidados por razones de salud; (v) el requisito relativo a la cotización de 50 semanas previas a la fecha de estructuración no es exigible en su caso, de conformidad con lo dispuesto en la Sentencia SU-588 de 2016, según la cual, tratándose de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a tal fecha; y (vi) realizó diligentemente el proceso de solicitud de la pensión de invalidez ante el fondo de pensiones. Con base en ello, solicitó que se revocará el fallo de primera instancia para, en su lugar, conceder al amparo rogado.

Sentencia de segunda instancia

12. El 11 de mayo de 2023, el Juzgado de Familia de Zipaquirá confirmó la decisión de primera instancia. Sostuvo que, en efecto, el amparo es improcedente, ya que la interesada podría elevar su petición ante el juez laboral. Además, no demostró un perjuicio irremediable, grave e inminente pues, aunque es cierto que tiene la condición de sujeto de especial protección, también lo es que los síntomas que aduce los padece hace más de diez años, lo que impide exceptuar el requisito de subsidiariedad.

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

13. Selección. El expediente fue enviado a la Corte Constitucional en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991. En auto del 28 de julio de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Siete de la Corte Constitucional lo escogió para revisión. El 14 de agosto de 2023, la Secretaría General remitió el expediente al despacho del magistrado sustanciador para lo de su competencia.

14. Decreto y práctica de pruebas. Mediante auto del 30 de agosto de 2023, el magistrado ponente decretó pruebas con el propósito de ahondar en el estado de salud, la situación familiar y económica de Lucero; así como en lo relativo a su pérdida de capacidad laboral y el trámite de la pensión de invalidez. De la información solicitada, se obtuvieron las siguientes respuestas:

15. La señora Lucero rindió informe en el que respondió a las preguntas que le formuló este tribunal, como se sintetiza a continuación:

Asunto

Respuesta

Estado de salud actual

«[D]esde mi ultima revisión medica el día 17 de mayo del año 2023, donde me indican que aparte de la parálisis cerebral que padezco, puedo tener problemas del sueño y la deglución, me encuentro a la espera de junta medica para determinar transporte por parte de la eps» (sic).

Fuentes de ingreso

«Actualmente me encuentro desempleada y mi única fuente de ingresos es la venta de artesanías que elaboramos mi hermana y yo, las cuales vendemos en el parque municipal cada 15 días, esta actividad no supera los \$360.000 pesos de ganancia y muchas veces no vendemos o vendemos muy copo» (sic).

Conformación del grupo familiar, apoyo económico, egresos

«Mi núcleo familiar se encuentra conformado por mi mama y mi hermano menor, actualmente ambas dependemos económicamente de él, lo poco que gano en la venta de artesanías lo invierto en mis elementos de aseo e higiene personal.

- También debo comprar cremas corporales constantemente porque sufro resequedad en la piel, las cuales deben ser costeadas por mi hermano.

- Debo pagar transporte si requiero citas medicas.

- Debo tener en cuenta los gastos normales de una casa como son el mercado los servicios.

- El mantenimiento de mi silla de ruedas.

Aunque mi hermano hace lo posible por ayudarnos solo gana un sueldo mínimo y mi mama también sufre quebrantos de salud por su edad.

Al día de hoy no recibo ningún subsidio del estado» (sic).

Semanas cotizadas a pensión en los 3 años anteriores al 17 de agosto de 2012

«No coticé a ningún fondo de pensiones antes del 17 de agosto del 2012».

«A la fecha e cotizado 231 semanas» (sic).

Gestiones adelantadas con el fin de solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez

«A finales del año 2017 me acerque al fondo de pensiones y cesantías porvenir en compañía de el señor Carlos Arturo Rodríguez con el fin de radicar papeles para pensión de invalidez [...] Pero al llegar la mucha que reviso los documento me dijo que la fecha estructuración no era valida que debía haber cotizado 50 semanas antes de esta fecha, me devolvió los papeles y me dijo que tenia que cotizar un año mas y reiniciar el proceso.

En el 2023 al ver que para la ultima empresa que trabaje ya había pagado las 50 semanas que me solicitaron en el año 2017 el 24 de enero del 2023 radique todos los documentos requeridos por porvenir para solicitar pensión por invalidez, solicitud sobre la cual recibí como respuesta una devolución de saldos por un valor de 7.931.736 el cual corresponde a los aportes realizados en su cuenta individual de pensión obligatoria más los rendimientos generados.

Devolución de dinero que nunca solicite ya que siempre deseado pensionarme debido a que mis condiciones de salud no son las mejores para desempeñar un rol laboral. razón por la cual decidí tutelar mi derecho a la seguridad social ante el juzgado civil municipal de chia el 6 de marzo del 2023» (sic).

16. La accionante adujo que, contrario a lo sostenido por los jueces de tutela, en su caso sí hay un daño irremediable que se acredita al considerar que su impedimento para caminar se produjo desde el nacimiento, además por la dependencia hacia su madre y hermano, así como por la imposibilidad de una real y efectiva inclusión social.

17. De otro lado, allegó copia de su registro civil de nacimiento; un reporte de laboratorio de marcha del 17 de agosto de 2012; copia de la historia clínica por atención médica del 28 de noviembre de 2014; formato para solicitud y justificación médica de dispositivo No Pos (silla de ruedas); respuesta del 7 de julio de 2023 emitida por la EPS Compensar a su solicitud de autorización de transporte; historia laboral consolidada emitida por Porvenir S.A.; historia clínica por atención en la Clínica Universidad de La Sabana el 25 de mayo de 2023; historia clínica emitida por Compensar Salud y certificado de discapacidad emitido por el Ministerio de Salud y Protección Social.

18. Porvenir S.A. allegó el Oficio 2410 en el que indicó que Lucero cotizó como aporte a pensión en dicha entidad un total de 231,71 semanas, todas ellas con posterioridad al 17 de agosto de 2012. A su respuesta anexó los siguientes documentos: concepto médico de rehabilitación con pronóstico laboral desfavorable emitido por Saludcoop EPS; solicitud de valoración de pérdida de capacidad laboral; calificación de pérdida de capacidad laboral y origen emitida por Seguros de Vida Alfa S.A.; dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, constancia de su ejecutoria y una certificación de sus resultados; formulario

de solicitud por invalidez diligenciado por la accionante el 24 de enero de 2023; comunicación del 4 de marzo de 2023 en la que, en respuesta a la solicitud de pensión de invalidez, Porvenir S.A. le comunica a la accionante que aprobó la devolución de saldos; y la relación de aportes realizados a Porvenir S.A., respecto de la accionante.

19. La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, en escrito fechado el 4 de septiembre de 2023, informó que el diagnóstico que le calificó dicha entidad a la accionante en el dictamen XXXX del 17 de mayo de 2017 «se trata de una patología de naturaleza crónica y progresiva». Además, explicó que se tomó como «fecha de estructuración aquella en la cual se objetiva el daño con el test de marcha certificado por especialista». Con su respuesta, allegó la totalidad del expediente de Lucero.

20. Traslado de pruebas. El 11 de septiembre de 2023, a través de oficio, la Secretaría General de esta Corporación puso a disposición de las partes y sujetos procesales copia de las comunicaciones recibidas en respuesta al auto de pruebas del 30 de agosto del mismo año, a lo que se recibió una intervención por parte de Porvenir S.A.

21. En su escrito, la Administradora de Fondos de Pensiones precisó que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de la accionante (17 de agosto de 2012) fue anterior a su vinculación inicial al Sistema General de Pensiones mediante su afiliación a Porvenir S.A. (2 de abril de 2013), por lo cual para ese entonces no contaba con cobertura de riesgos de invalidez y muerte de origen común. Destacó que el reconocimiento de la pensión de invalidez en esas condiciones implicaría conceder la prestación, pese a la ausencia de cobertura del seguro previsional de que trata el artículo 70 de la Ley 100 de 1993, en contravía del principio de sostenibilidad financiera, consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política. Finalmente, solicitó que en el evento de ordenar el pago de la prestación reclamada, (i) se autorice la compensación o el reintegro de los valores girados a la accionante el 4 de marzo de 2023, por concepto de devolución de saldos a favor, y (ii) se le ordene a la compañía de seguros del previsional pagar la suma adicional, necesaria para la financiación de la pensión.

III. III. CONSIDERACIONES

Competencia

22. Corresponde a la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional revisar los fallos de tutela proferidos dentro de los procesos de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9.º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Examen de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

23. La acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona, cuando estos resulten comprometidos por la acción u omisión de autoridades o particulares. No obstante, pese a la informalidad que se predica de este mecanismo, su procedencia está sometida al cumplimiento de los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad.

24. Legitimación. Se refiere, en esencia, al interés que ostentan quienes intervienen en el trámite constitucional, bien porque son titulares de los derechos cuya protección o restablecimiento se discute (activa) o porque tienen la capacidad legal de responder por la vulneración o amenaza alegada (pasiva).

25. Legitimación por activa. 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. La legitimación para interponer la acción de tutela se encuentra regulada en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, según el cual esta puede presentarse: (i) directamente por el afectado, (ii) a través de su representante legal, (iii) por medio de apoderado judicial o (iv) por un agente oficioso. El inciso final de este artículo también faculta al defensor del pueblo y a los personeros municipales para interponer la acción de tutela directamente.

26. En el presente caso, este requisito se encuentra acreditado, debido a que la accionante fue quién realizó la solicitud de reconocimiento pensional y, de satisfacerse los requisitos de reconocimiento, sería la titular del derecho pensional reclamado.

27. Legitimación por pasiva. La jurisprudencia constitucional ha establecido que la legitimación por pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la entidad o de los particulares contra quienes se dirige la acción, de ser los llamados a responder por la

vulneración o amenaza de derechos fundamentales, en caso de que la transgresión resulte probada. De acuerdo con el artículo 86 superior, la legitimación por pasiva exige acreditar dos requisitos: (i) que la acción se dirige contra autoridades o particulares que presten un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de los cuales el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.

28. En este proceso, la acción se presenta en contra de un particular que presta un servicio público. En efecto, el artículo 4.º de la Ley 100 de 1993 dispone que las entidades públicas o privadas pueden prestar el servicio público de la seguridad social. Porvenir S.A. 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 negó el reconocimiento de la pensión de invalidez. Así las cosas, como Porvenir S.A. es la entidad que presuntamente vulneró el derecho fundamental de la demandante, se encuentra legitimada, por pasiva, en el caso que se analiza.

29. Inmediatez. 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, lo que implica que, pese a no existir un término específico para acudir ante el juez constitucional, las personas deben actuar diligentemente y presentar la acción de tutela en un tiempo razonable. El juez evaluará las circunstancias de cada caso para determinar si el recurso fue presentado oportunamente, flexibilizando su análisis ante la concurrencia de sujetos de especial protección constitucional o personas en condición de vulnerabilidad. El requisito de inmediatez debe evaluarse en cada caso concreto, de conformidad con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

30. En circunstancias excepcionales, el juez de tutela puede concluir que resulta procedente una solicitud de amparo presentada después de transcurrido un tiempo considerable desde el momento en que se vulneró o amenazó un derecho fundamental. Dichas circunstancias son las siguientes: (i) cuando se advierten razones válidas para la inacción del actor, tales como la configuración de situaciones de caso fortuito o fuerza mayor; (ii) en los casos en los

que la situación de debilidad manifiesta del peticionario torna desproporcionada la exigencia del plazo razonable y (iii) excepcionalmente, cuando se presenta una situación de permanencia o prolongación en el tiempo de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales que hace imperiosa la intervención del juez constitucional.

31. En el presente asunto se puede observar que Lucero presentó solicitud de pensión de invalidez el 24 de enero de 2023 a través del formato que tiene establecido Porvenir S.A. para tales efectos, a lo que la entidad emitió respuesta el 4 de marzo del mismo año informando la aprobación de «la solicitud por devolución de saldos» por la suma de \$7'931.736, correspondiente a los aportes realizados a pensión obligatoria, más los rendimientos. A su turno, la ciudadana presentó la acción de tutela el siguiente 6 de marzo, es decir, a los dos días de emitirse la respuesta que la demandante alega como violatoria de su derecho fundamental. Por ende, también se halla cumplido este requisito.

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

33. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude ante el juez de tutela con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que se adopten decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer de un determinado asunto radicado bajo su competencia, dentro del marco estructural de la administración de justicia.

35. 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 involucrado. Así, el mecanismo principal excluye la procedencia de la acción de tutela cuando salvaguarda de manera eficaz el

derecho respecto del cual se solicita el amparo.

36. El segundo escenario se refiere a la interposición de la acción de tutela como mecanismo transitorio. La Corte Constitucional ha establecido que, en este 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 irremediable. Sobre la naturaleza del perjuicio, la jurisprudencia ha señalado:

(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 ser 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

37. 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 tanto, si existe un mecanismo principal, la acción de tutela será procedente solamente cuando se configure alguna de las dos hipótesis mencionadas.

38. Visto lo anterior, es importante señalar que el proceso ordinario laboral es reconocido como el medio judicial para la definición de controversias relacionadas con la prestación de los servicios de seguridad social que se generen entre los afiliados, beneficiarios o usuarios y las entidades administradoras o prestadoras de tales servicios, de conformidad con lo establecido en el numeral 4.º del artículo 2.º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

39. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la idoneidad de ese mecanismo debe ser valorada de cara a las circunstancias específicas del accionante, criterio con base en el cual, en varias oportunidades, ha concluido que el proceso 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.

40. En efecto, frente al reconocimiento y pago de dicha prestación, esta Corte ha sostenido que en esos eventos el juez constitucional debe ser más flexible en el estudio de la procedibilidad de la acción, pues a las personas con algún tipo de discapacidad, que merecen una especial protección por parte del Estado, se les debe dar un tratamiento diferencial positivo. Además, en estos casos, «el actor no puede soportar las cargas y los tiempos procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial de la misma manera que el resto de la sociedad».

41. En el presente caso, el juez de primera instancia concluyó que la tutela era improcedente porque la demandante podía acudir al juez laboral. Sin embargo, la Sala considera que dicho mecanismo no resulta idóneo ni eficaz, debido a que la prolongación del proceso judicial hasta que se decida de fondo la controversia relativa a la pensión resultaría gravosa y desproporcionada para la peticionaria.

42. En primer lugar, porque la accionante fue diagnosticada con insuficiencia motora de origen cerebral (IMOC) tipo parapesia espástica con alteración severa del patrón de la marcha, patología por la que fue calificada con un porcentaje que alcanza el estado de invalidez y que, según consulta efectuada por esta Corte a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, es crónica y progresiva. Con el tiempo, esta enfermedad le ha generado «la adquisición de un patrón agazapado que hace que su función pueda perderse en el mediano plazo por exceso de consumo de energía y por cambios artrósicos en rodillas». Por ese motivo, el manejo médico de la demandante impone tratamientos que permitan alcanzar una mejor alineación esquelética, para lo cual la recomendación médica ha sido la aplicación de toxina botulínica en flexores de cadera, isquiotibiales e inmovilizar con yesos para progresión de la deformidad de sus rodillas; así como varias intervenciones quirúrgicas (osteotomías supracondíleas extensoras y rotatorias hacia externo; descenso de las rótulas; transferencia de recto femoral e isquiotibiales; osteotomía tibial rotatoria). A raíz de su condición médica, requiere usar un dispositivo externo tipo caminador para el traslado al interior de su casa y, fuera de esta, silla de ruedas.

43. Sumado a lo anterior, es posible afirmar que la situación económica de la accionante es precaria y no le permite atender adecuadamente sus gastos. En efecto, Lucero no tiene una vinculación laboral activa y, según informó, su única fuente de ingresos proviene de la venta de artesanías, actividad que desempeña esporádicamente y de la que genera, a lo sumo,

ingresos aproximados de \$360.000 pesos mensuales. Indicó que tanto ella como su madre, quien también sufre de serias afecciones de salud en razón de la edad, dependen económicamente de su hermano menor, quien devenga un salario mínimo. De acuerdo con ello, la accionante sostuvo que con el dinero que recibe su hermano escasamente puede cubrir los gastos asociados a su situación de salud y los gastos normales del hogar, como alimentación y servicios públicos.

44. Finalmente, a efectos de valorar el actual requisito de procedibilidad, se tiene que la accionante mostró haber desplegado un mínimo de diligencia para obtener el reconocimiento de la pensión, elevando ante Porvenir S.A. la respectiva solicitud para el reconocimiento pensional, a lo cual recibió la negativa de la entidad.

45. 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 crónica y progresiva que actualmente le representa una pérdida de capacidad laboral de 52,48%, de acuerdo con el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca. De esta forma, sus circunstancias médicas y económicas permiten concluir que durante el tiempo transcurrido en el proceso judicial se acentuaría el menoscabo de salud de la accionante y de su calidad de vida, lo que a su turno frustraría el disfrute eventual de su pensión de invalidez. Estas características la hacen acreedora de un cuidado especial por parte del Estado, convirtiendo la tutela en el mecanismo idóneo y eficaz para proteger el derecho fundamental invocado. En consecuencia, de reconocerse la pensión solicitada, la tutela se concedería como mecanismo definitivo.

Delimitación del asunto objeto de análisis, problema jurídico y estructura de la decisión

46. La Sala estudia la acción de tutela promovida por Lucero quien, a nombre propio, solicitó el amparo del derecho a la seguridad social, presuntamente vulnerado por Porvenir S.A., debido a la negativa de esta entidad a reconocerle la pensión de invalidez, argumentando que no había cotizado al menos 50 semanas, en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral (PCL).

47. Con fundamento en los antecedentes expuestos, se revisarán las decisiones de instancia en orden a establecer su conformidad con los hechos que dieron origen al presente trámite y

con los postulados constitucionales inherentes al derecho a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna. Aunque estos últimos no fueron invocados por la actora, lo cierto es que podrían resultar afectados de concretarse la transgresión alegada, lo que habilita al juez de tutela, en uso del amplio margen de facultades que le asisten, a incluirlos en el estudio respectivo.

48. Sobre la materia, esta corporación ha señalado que el juez de tutela juega un papel activo dentro del trámite, debiendo desarrollar el procedimiento correspondiente para la protección de los derechos aun cuando ellos no hayan sido indicados por el actor. La Corte ha precisado que, «esta potestad debe entenderse de manera armónica con la función primordial de la Corte Constitucional, consistente en esclarecer y determinar la interpretación autorizada de las normas constitucionales, especialmente, de los derechos fundamentales. Los principios de informalidad, prevalencia del derecho sustancial, supremacía de la Constitución Política y efectividad de los derechos fundamentales justifican las reglas mencionadas».

¿Vulneró Porvenir S.A. los derechos de la accionante en materia de seguridad social, mínimo vital y vida digna al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, basándose en que no cumplió con el mínimo de 50 semanas de cotización previas a la fecha de estructuración de la PCL, sin considerar el carácter progresivo de su enfermedad, sus aportaciones como trabajadora dependiente posteriores a esa fecha y el precedente constitucional sobre capacidad residual?

50. En aras de resolver el problema jurídico planteado, la Sala seguirá la siguiente metodología: (i) se referirá al derecho fundamental a la seguridad social de las personas en situación de discapacidad; (ii) estudiará el derecho a la pensión de invalidez y las reglas especiales de reconocimiento en caso de personas con enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas; (iii) determinará en qué casos procede la devolución de saldos por invalidez como prestación sustituta de la pensión que ampara este mismo riesgo y (iv) examinará el caso concreto, para establecer si se configuró la vulneración del derecho fundamental alegada por la accionante.

Resolución de fondo del caso

El derecho fundamental a la seguridad social de las personas en situación de discapacidad.

Reiteración de jurisprudencia

51. La seguridad social, como derecho fundamental por conexidad, se discutió durante los primeros años de la vigencia de la Constitución Política de Colombia de 1991; sin embargo, posteriormente, la jurisprudencia reconoció el carácter fundamental del derecho a la seguridad social de manera autónoma.

52. A este derecho se le ha atribuido una doble dimensión: (i) la de servicio público de carácter obligatorio bajo la dirección, coordinación y control del Estado y (ii) la de prerrogativa irrenunciable e imprescriptible a través de la cual se asegura un mínimo vital y una vida en condiciones dignas a aquellas personas que han sufrido a causa de alguna de las contingencias que cubre el sistema.

53. El inciso 2.º del artículo 13 de la Constitución Política dispone que «el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real, efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados». El inciso 3.º de la misma norma contempla una protección especial de las personas en estado de debilidad manifiesta que, como ha sido desarrollado jurisprudencialmente, incluye a los sujetos que, por su grave condición de salud, se encuentren en una posición desventajosa respecto de la generalidad de personas.

54. En concordancia con dicho mandato, esta Corte ha señalado que el Estado tiene las siguientes obligaciones: «i) otorgar las condiciones necesarias para que las personas en situación de discapacidad puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones a los demás; ii) sancionar los maltratos o abusos que se presenten y a su vez, el deber de velar por la protección integral de las personas que se encuentran en circunstancia de vulnerabilidad; y por último; iii) adelantar diversas políticas públicas en las que se contemple, la previsión, rehabilitación e integración social de los grupos de especial protección».

55. La protección otorgada en esta materia cobró un especial sentido a partir del momento en que el ordenamiento colombiano adoptó el modelo social de la discapacidad, con la aprobación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Este modelo es reconocido por la Corte, como el estándar más alto de protección para los derechos humanos de las personas con diversidad funcional, teniendo en cuenta que: (i) está incluido en un instrumento internacional que hace parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto (CDPD), (ii) refuerza las normas constitucionales que apelan por la debida

promoción y protección de este colectivo y (iii) refleja el objetivo del legislador de suprimir toda barrera que impida su integración en la sociedad. En este sentido, en las sentencias C-066 de 2013 y C-108 de 2023, se dijo que:

[E]l modelo social es el estándar más reciente y garantista para los derechos de esa población. Este paradigma concibe a la discapacidad como un asunto complejo en cuanto a su origen, pues confluyen tanto las condiciones físicas y mentales del individuo, como las barreras físicas, sociológicas y jurídicas que le impone el entorno. Esto hace que la persona en situación de discapacidad deba ser comprendida desde su autonomía y diferencia, lo que significa que resulte constitucionalmente inadmisibles que se le imponga su rehabilitación o normalización como condición previa para que sea incluido en la dinámica social, en tanto sujeto de derechos, dotado de autonomía y dignidad. En contrario, el Estado y su sistema jurídico están obligados a garantizar esa inclusión mediante la eliminación de dichas barreras, a fin que se logre la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad, a partir de su reconocimiento y protección especial

56. Frente a la materia que ocupa la atención de esta Sala, el artículo 28.2 de la CDPD dispone que los Estados Parte reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a la protección social, sin discriminación por motivos de su condición. Además, con tal fin, deben adoptar medidas pertinentes que protejan y promuevan tal derecho, entre ellas, «[a]segurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación».

57. Con el fin de formular orientaciones dirigidas al cumplimiento de la CDPD, la Asamblea General de las Naciones Unidas presentó el Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. En él destacó la importancia de que los programas de protección social aborden las necesidades específicas de las personas con discapacidad a lo largo de todo su ciclo vital. El informe sostuvo que a través de dicho amparo se pueden estabilizar y proteger los ingresos de esta población en caso de desempleo, enfermedad o inactividad, para así garantizar al menos un nivel básico de seguridad de los ingresos. Al respecto, indicó que «[l]as personas con discapacidad que, durante su vida laboral, no han adquirido el derecho a percibir una pensión contributiva se enfrentan a dificultades considerables para mantener un nivel adecuado de seguridad de los ingresos hacia el final de sus vidas, cuando no disponen de pensiones del régimen no

contributivo. Además, dado que a menudo tienen menos probabilidades de tener pareja o de casarse, el apoyo intrafamiliar como fuente adicional de seguridad de los ingresos suele ser insuficiente o poco fiable. Por consiguiente, los programas de protección social son necesarios para garantizar la seguridad de los ingresos a las personas de edad con discapacidad y para acceder a los servicios de apoyo».

58. Si bien el deber de atención y protección especial de las personas en situación de discapacidad es predicable de todas las autoridades, dicha obligación se refuerza en el caso de las administradoras de pensiones, toda vez que (i) son las encargadas de materializar los principios y los objetivos del sistema de seguridad social en pensiones y (ii) en razón de sus competencias, puesto que tienen entre sus usuarios a personas que hacen parte de ese grupo poblacional. En este orden de ideas, dichas entidades tienen la obligación de disponer las medidas necesarias para superar obstáculos, garantizar el acceso a los derechos y hacer efectivas las garantías constitucionales.

59. La Sentencia T-575 de 2017 retomó esas obligaciones y añadió que el mandato constitucional de trato igual comporta una especial obligación de protección para las personas en condiciones diferenciales de capacidad, la cual se aplica a distintos ámbitos, dentro de los cuales se incluyen las pensiones; en ese sentido, advirtió que «en lo posible se debe ofrecer a este grupo de especial protección los apoyos necesarios para enfrentar las barreras físicas o sociales que limitan sus posibilidades de gozar de una vida digna y, se deben sancionar los actos de maltrato o abuso que se desplieguen en contra de la población que se encuentre en circunstancia de vulnerabilidad».

La pensión de invalidez y las reglas especiales de reconocimiento en caso de personas con enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas. Reiteración de jurisprudencia

60. Una de las contingencias que ampara el Sistema General de Seguridad Social consiste en la pérdida sustancial y definitiva de la capacidad laboral, entendida esta como el «[c]onjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo». A la luz de la normatividad colombiana, se entiende que cuando dicha pérdida es igual o excede el 50%, se genera la imposibilidad de continuar trabajando, eventualidad que es protegida por el derecho a la seguridad social a través de la pensión de invalidez. Esta prestación le garantiza a la persona afectada un ingreso que le

permite asegurar sus necesidades básicas y las de quienes se encuentren a su cargo.

61. El derecho a la pensión de invalidez por riesgo común está regulado en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993. De estas normas se desprende que, para que se cause este derecho, es requisito que la persona (i) haya sido calificada por la autoridad médico laboral competente con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y (ii) haya cotizado un mínimo de 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores al hecho causante de la invalidez, si se trata de un accidente de trabajo, o a la fecha de estructuración de la invalidez, en el caso de una enfermedad laboral.

62. Para acreditar el primer requisito, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 previó un procedimiento de calificación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, su fecha de estructuración y origen. Dicho proceso inicia con la emisión de un dictamen por parte del Instituto de Seguros Sociales, la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, las administradoras de riesgos laborales, las entidades promotoras de salud o las compañías de seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte. La calificación proveniente de cualquiera de estas entidades se profiere en primera oportunidad y frente a ella, los interesados tienen la posibilidad de manifestar su inconformidad con la interposición del respectivo recurso, lo que da paso al pronunciamiento de la junta regional de calificación de invalidez correspondiente, cuyo dictamen es a la vez apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Agotado este procedimiento, si se quiere controvertir su resultado, el dictamen en firme puede demandarse ante la jurisdicción ordinaria laboral.

63. Entre los aspectos a determinar en el dictamen se encuentra la fecha de estructuración, que en el caso de enfermedades de origen común resulta determinante para la causación del derecho pensional. Ella se define como la fecha en la que la persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente. De acuerdo con el artículo 3.º del Decreto 1507 de 2014, tratándose del estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el 50% de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. La misma norma dispone que la fecha de estructuración debe estar argumentada por el calificador, con soporte en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica. Además, se prohíbe que quede sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando

al Sistema de Seguridad Social Integral.

64. Así las cosas, en firme el dictamen, si se determina que la persona evaluada está en condición de invalidez por riesgo común, a efectos de definir el derecho pensional, es preciso establecer si cumple con la densidad de semanas cotizadas que exige el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que por regla general es de al menos 50 en los 3 años inmediatamente anteriores al hecho causante de la invalidez, si se trata de un accidente de trabajo, o a la fecha de estructuración de la invalidez, en el caso de una enfermedad laboral.

65. Ahora bien, tratándose de enfermedades crónicas, congénitas y/o degenerativas, la Corte Constitucional ha acudido al concepto de capacidad laboral residual para establecer unas reglas especiales de valoración del requisito de densidad de semanas cotizadas, que permiten su flexibilización en atención a las circunstancias particulares de esos tipos de condición médica.

66. Esta solución se planteó porque los fondos de pensiones solían negar, y aún suelen hacerlo, los derechos pensionales por invalidez al tener en cuenta únicamente las cotizaciones realizadas con anterioridad a la fecha de estructuración que establece el dictamen. En otros casos, porque consideran que la fecha de estructuración es anterior a la de afiliación al fondo o al sistema y eso va en contra de la lógica del aseguramiento del riesgo. Estas prácticas han sido rechazadas por la Corte Constitucional pues constituyen un enriquecimiento sin justa causa, al permitir que el sistema se termine beneficiando de los aportes hechos con posterioridad a la fecha de estructuración que consta en el dictamen y luego, al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos, no tener en cuenta este periodo.

67. De esta forma, la Sentencia SU-588 de 2016, que estableció el precedente en la materia, prohibió a las administradoras de fondos de pensiones que, tratándose de personas que sufren dichas enfermedades, se limiten a contabilizar mecánicamente las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración. Al respecto, la providencia señaló que, en el caso de enfermedades crónicas, congénitas o degenerativas, las administradoras de estos fondos deben admitir las cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez siempre y cuando (i) hayan sido aportadas en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual del interesado y

(ii) no se hayan efectuado con el único fin de defraudar el Sistema de Seguridad Social.

68. Sobre el concepto de capacidad laboral residual, la Corte ha dicho que se trata de la posibilidad que tienen las personas de ejercer actividades productivas a través de las cuales puedan garantizar la satisfacción de sus necesidades, incluso padeciendo enfermedades que impacten su potencia laboral. De esta forma, se promueve un escenario de integración mediante la protección de los individuos que, a pesar de la merma de su capacidad de trabajo, pueden seguir haciendo parte del mundo laboral. En ese contexto, la capacidad laboral residual ha sido objeto de protección tratándose de situaciones de invalidez generadas, por ejemplo, por enfermedades congénitas o degenerativas y crónicas, debido a las implicaciones de este tipo de patologías.

69. Así, tratándose de condiciones médicas congénitas, que se presentan desde el momento mismo del nacimiento, se genera una imposibilidad fáctica y jurídica de cotizar con anterioridad a tal suceso, luego la opción de acreditar aportes con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez atiende a los principios de igualdad y dignidad humana. La Corte ha dicho que «[i]nterpretar lo contrario implicaría una contradicción, puesto que no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad, pero impida que accedan a un reconocimiento prestacional propio de cualquier trabajador».

70. Por su parte, en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que se van desarrollando en un periodo prolongado, lo que ocasiona que la fuerza laboral vaya disminuyendo con el paso del tiempo y, por ende, le permite a la persona trabajar hasta que el nivel de afectación llegue a un punto en el que no le es posible desarrollar una labor.

72. Como se indicó en precedencia, la constatación del ejercicio de una capacidad laboral residual por quien padece una invalidez provocada por una enfermedad congénita o degenerativa y/o crónica no es suficiente para reconocer las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, pues también debe establecerse, caso a caso, que no hay un ánimo defraudatorio en los aportes, ya que el requisito de densidad de semanas que incorporó la Ley 860 de 2003, al modificar la Ley 100 de 1993, responde a la finalidad legítima de proteger la sostenibilidad financiera del sistema. En esa labor, la Corte ha

señalado que un criterio orientador consiste en «corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las 50 semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número importante de cotizaciones que resulten de una actividad laboral efectivamente ejercida». En estos eventos, si se logra demostrar una intención fraudulenta del solicitante de la pensión, no procede reconocer las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración.

73. Ahora bien, una vez se verifica que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa y que existen aportes no defraudatorios realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, corresponde determinar el momento a partir del cual se contabilizará el periodo de tres años dentro de los cuales deben de acreditarse las 50 semanas cotizadas.

74. Para tales efectos, ni el juez constitucional ni la administradora de fondos de pensiones pueden alterar la fecha de estructuración definida en el dictamen médico. Las distintas Salas de Revisión de esta Corte han tenido en cuenta diferentes momentos hitos a partir de los cuales se debe realizar el conteo. Así, en ocasiones ha sido «(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».

75. En conclusión, en el caso de enfermedades congénitas, crónicas y/o degenerativas, 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 reconocerse para verificar si se cumplen los requisitos de causación de la pensión de invalidez. Aunado a ello, para efectuar el cómputo de las semanas exigidas, la jurisprudencia ha admitido tomar como referentes temporales la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de la última cotización efectuada o la fecha de solicitud del reconocimiento pensional. Todo este análisis debe realizarse caso a caso, con la valoración del dictamen y las demás condiciones específicas del solicitante, tales como la patología padecida y su historia laboral.

La devolución de saldos por invalidez como prestación sustituta de la pensión de invalidez

76. La pensión es el mecanismo principal que tiene el sistema para atender las contingencias derivadas de la pérdida de la capacidad productiva, pues al ser de carácter vitalicio es la prestación que mejor cumple con los objetivos del sistema. Sin embargo, respecto de aquellos eventos en que el afiliado no logra acreditar los requisitos previstos para su reconocimiento, el sistema contempla prestaciones económicas subsidiarias o alternativas, como la devolución de saldos prevista en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

77. Tratándose del riesgo de invalidez, esta figura confiere una prestación de carácter económico a quien no cumple los requisitos para acceder a una pensión por dicha contingencia, sin que ello le impida continuar realizando aportes para que pueda acceder al reconocimiento del derecho a la pensión de vejez en un futuro. El artículo 72 de la Ley 100 de 1993 consagra la devolución de saldos por invalidez al señalar que «[c]uando el afiliado se invalide sin cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, se le entregará la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros y adicionado con el valor del bono pensional si a ello hubiere lugar // No obstante, el afiliado podrá mantener un saldo en la cuenta individual de ahorro pensional y cotizar para constituir el capital necesario para acceder a una pensión de vejez».

78. De lo anterior se concluye que, debido a que la devolución de saldos por invalidez es una prestación sustituta o alternativa de la pensión de invalidez, el reconocimiento de ambas prestaciones resulta improcedente. Sin embargo, aquella no tiene carácter sustituto respecto de la pensión de vejez pues en uno y otro caso los riesgos amparados son distintos. En línea con ello, esta Corte ha asegurado que «no hay impedimento alguno para que quienes continúen asegurados y cotizando de forma obligatoria al Sistema de Seguridad Social, accedan a una pensión que cubra un riesgo distinto al que eventualmente se hubiera reconocido por medio de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos».

Caso concreto

79. Lucero solicitó a Porvenir S.A. el reconocimiento de una pensión de invalidez, el 24 de enero de 2023, por medio del formato que tiene establecido la entidad para tales efectos, petición que le fue negada mediante oficio del 4 de marzo del mismo año. En su lugar, la administradora de fondos de pensiones aprobó la devolución de saldos.

80. Para determinar si la decisión de Porvenir S.A. al negar la pensión de invalidez vulneró los derechos fundamentales de la actora, la Sala debe empezar por señalar que, con base en las pruebas allegadas al expediente, se demostraron los siguientes hechos:

81. La accionante tiene un diagnóstico de parálisis cerebral denominado insuficiencia motora de origen cerebral (IMOC) tipo paraparesia espástica que se manifestó desde su nacimiento, lo cual le ha generado una alteración severa del patrón de la marcha que ha incrementado con el paso del tiempo. Se trata de una enfermedad de carácter crónico y progresivo, que conllevó una calificación de pérdida de la capacidad laboral del 52,48%, de origen común, con fecha de estructuración del 17 de agosto de 2012. Dicho dictamen fue emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca el 18 de mayo de 2017 y, como no fue impugnado por los interesados, se encuentra en firme. Dicha junta regional, en respuesta al requerimiento que efectuó la Corte, explicó que, en el caso de la accionante, definió como «fecha de estructuración aquella en la cual se objetiva el daño con el test de marcha certificado por especialista».

82. Lucero tiene un total de 231,7 semanas cotizadas como aportes a pensión en Porvenir S.A. En efecto, la historia laboral que remitió dicha administradora de fondos de pensiones al presente trámite registra los siguientes aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a nombre de la accionante:

* Por parte de la Clínica Chía S.A., entre abril de 2013 y diciembre de 2014, esto es, 21 meses que equivalen a 90,09 semanas cotizadas.

* Directamente por la accionante, entre febrero y junio de 2015, es decir, 21,45 semanas cotizadas.

* Por parte de la Caja Colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio, entre agosto y octubre de 2015, esto es, 3 meses que corresponden a 12,87 semanas.

* Directamente por la accionante, entre marzo y noviembre de 2017, es decir, 38,61 semanas cotizadas.

* Por parte de la empresa Demeter Tropical SAS, entre julio de 2020 y octubre de 2021, lo que se traduce en 68,64 semanas cotizadas.

83. Como puede observarse, la accionante, quien se encuentra en condición de invalidez a raíz de una enfermedad cónica y progresiva, ha cotizado un total de 231,7 semanas, sin embargo, ninguna de ellas es anterior al 17 de agosto de 2012, que es la fecha en la que, formalmente y según el dictamen, se estructuró su invalidez. De acuerdo con lo anterior, la primera conclusión que debe establecer esta Sala es que no resultó ajustado que Porvenir S.A. descartara automáticamente el cómputo de dichas semanas, para evaluar la posible causación del derecho pensional, pues lo que correspondía determinar era si, a la luz de la teoría de la capacidad laboral residual, procedía tomar un momento hito diferente a la fecha de estructuración definida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, para efectos del conteo de las mínimas 50 semanas cotizadas que ha debido acreditar la demandante.

84. Así las cosas, aunque resulte claro que la actuación de la entidad accionada se adelantó con un abierto desconocimiento de la jurisprudencia de esta corporación, expuesta en precedencia, ello no es suficiente para establecer que Lucero tiene derecho al reconocimiento pensional deprecado. Con tal fin es preciso constatar si luego de la fecha de estructuración, se cumplió con el requisito de densidad de semanas por cotizaciones no defraudatorias realizadas al sistema de seguridad social, fruto de una efectiva y probada actividad económica.

85. En el presente asunto, la conclusión es que existen suficientes elementos para demostrar que la accionante causó el derecho a la pensión de invalidez por riesgo común pues se considera que, conforme lo ha admitido este tribunal, en este caso resulta razonable tomar como hito para el conteo de la densidad semanal que exige el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003, la fecha de la última cotización efectuada. Esto de conformidad con la siguiente valoración.

86. La accionante es una persona que padece una parálisis cerebral desde el momento del nacimiento. A raíz de esa condición, la autoridad médica competente definió que quedó en estado de invalidez a la edad de 24 años. Además, su diagnóstico se manifiesta en un compromiso severo de la función motora en miembros inferiores, que inicialmente fue tratado con aplicación de toxina botulínica en flexores de cadera isquiotibiales e inmovilización con tubos inguinopédicos, para evitar la progresión de la deformidad en la flexión de rodillas, y posteriormente evaluar el sometimiento a cirugías correctoras a nivel de

las rodillas y pies. A raíz de lo anterior, para el desplazamiento al interior de su hogar, requiere una estructura de soporte tipo caminador y, por fuera de este, una silla de ruedas, la cual fue ordenada por médico tratante y suministrada por su EPS. Médicamente se pronostica la progresividad de su padecimiento.

87. Lo anterior reafirma que no resulta razonable tener como fecha hito de estructuración de la invalidez la que definió el dictamen, esto es el 17 de agosto de 2012, pues el conteo de la densidad de semanas cotizadas con ese referente sería una exigencia particularmente difícil de cumplir para una persona con las características ya mencionadas. Además, la demandante cursó una carrera universitaria. Luego, lo razonable es valorar esta circunstancia, a fin de comprender el porqué, para ese entonces, no había ingresado al mercado laboral, pues si bien los estudios universitarios no excluyen la posibilidad de trabajar paralelamente, por la situación de la actora sí ofrecen una explicación que impide evaluar con mayor rigor el hecho que en ese periodo no se haya vinculado formalmente a un trabajo.

88. Sumado a ello, esta Sala tiene en consideración que, para la accionante, la dificultad de acceso al mercado laboral, incluso después de concluir la educación superior, se acentuaba no solo por las barreras de acceso a las que se enfrentan los recién graduados (pues a menudo compiten con profesionales que tienen mayor práctica laboral, así como conocimientos y habilidades), sino además por aquellas que se derivan de los numerosos prejuicios y estigmas a los que se enfrentan las personas en condición de discapacidad para acceder a un empleo. En efecto, de acuerdo con el DANE, para el trimestre junio-agosto de 2023, la tasa de ocupación de este grupo poblacional fue del 20,9%, mientras que la de las personas sin condición de discapacidad equivale al 60,5%. De igual forma, la tasa de desempleo de las personas en condición de discapacidad es del 11,4% y, para las personas sin discapacidad, del 9,4%.

89. Otro factor que no puede desconocer esta Corte es la dependencia económica de la accionante respecto de su hermano, situación que expuso en el informe que rindió en el presente trámite y que la entidad accionada no desvirtuó ni controvertió. Al respecto, adujo que su hermano menor, quien devenga un salario mínimo, se encarga de asumir los gastos del hogar, el cual está conformado además por la madre de la actora, que también sufre quebrantos de salud debido a su edad. Señaló que, para ayudarse a solventar sus

necesidades básicas, de manera informal, cada quincena vende artesanías con su hermana, pero esta actividad no les reporta más de \$360.000 pesos, en ocasiones mucho menos o nada. La Sala destaca que la dependencia económica no constituye un requisito para el otorgamiento de la pensión por invalidez en virtud de la capacidad laboral residual, sin embargo, en el subexamine, es uno de los elementos que, valorado armónicamente con las demás circunstancias del caso, permiten concluir la procedencia de adoptar la última cotización como parámetro temporal para evaluar el requisito de densidad en los aportes.

90. Así las cosas, la aplicación de este referente temporal en el caso de Lucero se encuentra justificada en el análisis especial de sus circunstancias médicas, personales y ocupacionales. Al respecto, esta Corte ha indicado que «[e]xigir una valoración integral de todos los aspectos clínicos y laborales que rodean al calificado, al momento de establecer la fecha de estructuración de la invalidez y de hacer el conteo para verificar la densidad de semanas, es razonable debido al impacto que tal decisión tiene sobre el derecho a la seguridad social».

91. Una vez fijado este criterio, se tiene que la última cotización que se reporta a nombre de la accionante en ejercicio de una capacidad laboral residual efectiva es de octubre de 2021. La realizó la empresa Demeter Tropical SAS, quien en calidad de empleador venía efectuando dichos aportes ininterrumpidamente desde julio de 2020. Esto significa que en los tres años inmediatamente anteriores (esto es, entre octubre de 2018 y octubre de 2021), la actora acreditó cotizaciones por 68,64 semanas, más del mínimo exigido por la ley para la causación del derecho pensional reclamado.

92. Ahora, además de ser aportes que corresponden a una efectiva y probada capacidad laboral residual, si se evalúan las circunstancias particulares de la actora, no se evidencia que ellos tengan un ánimo defraudatorio. Aunque aquella solo acreditó cotizaciones como empleada en otros dos momentos (por 90,09 semanas entre abril de 2013 y diciembre de 2014; y por 12,87 semanas entre agosto y octubre de 2015) esta Sala ya explicó y ponderó las razones que lo justifican. Además, las mismas razones personales, médicas y laborales impiden que se deslegitime su aspiración de alcanzar una pensión de invalidez mediante el ejercicio de su capacidad laboral residual.

93. En este caso, lo que procede es admitir las actividades laborales que desplegó la accionante encontrándose en condición de invalidez, de modo que estas impacten

positivamente en la realización de su derecho a la seguridad social. De los tiempos registrados en su historia laboral, para efectos de la pensión de invalidez que hoy se discute, la Sala descarta aquellos en los que la demandante aportó como independiente pues no se acreditó que en esos periodos hubiese desplegado una real ocupación en ejercicio de capacidad laboral residual, sin embargo, las semanas restantes (que ascienden a 171,6) sí aparecen reportadas por diferentes empresas como empleadoras de la demandante. El reconocimiento del tiempo aportado por la accionante como trabajadora dependiente resulta armónico con la jurisprudencia constitucional que ha destacado que el empleo «promueve la cohesión social en términos de pluralismo y permite que la sociedad se beneficie de funcionalidades y talentos diversos. En otros términos, concreta el ideal constituyente de pluralidad en el que la sociedad se adapta de múltiples formas para permitir la inclusión de todas las personas y garantizar el pleno desarrollo de su vida en condiciones dignas».

94. Visto lo anterior, dado que Lucero acredita tanto la condición de invalidez como el requisito de densidad contemplado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por Ley 860 de 2003, ella tiene derecho a que la accionada le reconozca el derecho pensional deprecado. Por consiguiente, se concluye que Porvenir S.A. vulneró los derechos a la seguridad social, mínimo vital y vida digna de la accionante al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, argumentando que no cotizó un mínimo de 50 semanas con anterioridad a la fecha de estructuración de la PCL.

95. Ahora bien, el planteamiento con el que la AFP se rehúsa al reconocimiento del derecho, relativo a la ausencia de cobertura del seguro previsional, no es de recibo y desvía el foco del asunto central, pues la posible relación contractual o acuerdo que la AFP Porvenir S.A. mantenga con terceros, como una aseguradora, no puede ser invocada como obstáculo o condición frente a la demandante. En ese sentido, las responsabilidades y compromisos que aquel fondo haya asumido con otras entidades no son transferibles ni afectan el estudio relativo al reconocimiento del derecho pensional solicitado por la señora Lucero.

96. Así las cosas, la Sala ordenará a Porvenir S.A. que, en el término de los quince (15) días siguientes a la notificación de la presente providencia, reconozca y pague la pensión de invalidez a la accionante, tomando como fecha de cálculo aquella en que se produjo la última cotización (octubre de 2021), junto con las sumas adeudadas por concepto de retroactivo de las mesadas pensionales que no estén prescritas, de acuerdo con lo consagrado en los

artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo. Lo anterior, sin perjuicio de que, de la mesada pensional de Lucero, la accionada descuenta, mes a mes, durante el tiempo que sea necesario y sin que se afecte su mínimo vital, el valor actualizado del monto cancelado a modo de devolución de saldos.

97. Por este último concepto, el 4 de marzo de 2023, la accionada pagó a la demandante la suma de \$7.931.736. En tales condiciones, resulta ajustada la autorización para que opere el descuento de dicho emolumento pues, al concederse el derecho pensional y ser este el mecanismo principal de protección ante la contingencia de invalidez, resulta improcedente que la actora devengue ambas prestaciones.

Síntesis de la decisión

98. Le correspondió a la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional analizar el caso de una persona que padece una patología crónica y progresiva, que fue calificada con una pérdida de capacidad del 52,48%, con una fecha de estructuración previa a sus cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social. En este caso el fondo de pensiones al que pertenecía negó su solicitud pensional bajo el argumento de que no cumplía con los requisitos de la Ley 860 de 2003, por no haber acreditado la cotización de 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de la enfermedad. En su lugar, reconoció y pagó el valor correspondiente a la devolución de saldos. A pesar de lo anterior, la accionante demostró cotizaciones por 231,7 semanas luego de la fecha de estructuración, de las cuales 171,6 corresponden a relaciones laborales vigentes en diferentes periodos, entre 2013 y 2021.

99. En un primer momento, la Sala reconoció la procedencia de la tutela en el caso concreto, teniendo en cuenta la falta de eficacia de los mecanismos judiciales propios de la jurisdicción ordinaria laboral, debido a las circunstancias específicas de la accionante. Se resaltó que esta última se encuentra en situación de discapacidad por tener una enfermedad crónica y progresiva que actualmente le representa una pérdida de capacidad laboral de 52,48%. De esta forma, las circunstancias médicas y económicas que enfrenta harían que durante el tiempo transcurrido en el proceso judicial se acentuara el menoscabo de su salud y calidad de vida, lo que también frustraría el disfrute eventual de su pensión de invalidez. Por ello, se consideró que la tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para proteger el derecho fundamental invocado.

100. Seguidamente, con fundamento en la Sentencia SU-588 de 2016 se realizó una reiteración jurisprudencial sobre la figura de la capacidad laboral residual y el precedente relacionado con las pensiones de invalidez en los casos de enfermedades congénitas, degenerativas y crónicas. Se indicó que, tratándose de dichas patologías, para verificar si se cumplen los requisitos de causación de la pensión de invalidez se deben admitir aquellas semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, siempre que deriven del ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, sobre las cuales no se constate el ánimo de defraudar al sistema de seguridad social. También se explicó que, para efectuar el cómputo de la densidad semanal exigida, la jurisprudencia ha admitido tomar como referentes temporales la fecha de calificación de la invalidez, la fecha de la última cotización efectuada o la fecha de solicitud del reconocimiento pensional. Todo este análisis debe realizarse caso a caso, con la valoración del dictamen y las demás condiciones específicas del solicitante, tales como la patología padecida y su historia laboral.

101. En el caso concreto, la Sala excluyó la fecha formal de estructuración de la invalidez como hito para el conteo de la densidad semanal que exige el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003, y en su lugar encontró razonable tomar, para tales efectos, la fecha de la última cotización efectuada. Esto teniendo en consideración que la demandante padece desde su nacimiento una patología de carácter crónico y progresivo que la dejó en condición de invalidez a los 24 años. Además, porque el volumen de semanas cotizadas se justificó en los estudios universitarios que adelantó la accionante y en las barreras de acceso al empleo que tienen que enfrentar los recién graduados y, en especial, las personas en condición de discapacidad. En la evaluación de las circunstancias particulares de la actora, también se consideró especialmente su situación de dependencia económica.

102. De acuerdo con lo anterior, se sostuvo que la última cotización por una efectiva capacidad laboral residual fue en octubre de 2021 y que en los tres años inmediatamente anteriores la accionante acreditó 68,64 semanas, lo que supera el mínimo exigido por la ley para la causación del derecho pensional. La Sala confirmó que la actora desarrolló una capacidad laboral residual que le permitió ejercer varios empleos de manera posterior a la estructuración de la invalidez y se descartó que estas obedecieran a un ánimo defraudatorio. En vista del cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales en el caso concreto, se determinó la titularidad del derecho y la necesidad de ampararlo.

103. En consecuencia, la Sala revocará las decisiones de instancia y, en su lugar, concederá como mecanismo definitivo el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social de Lucero. En consecuencia, ordenará el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y de las mesadas que no se encuentren prescritas en favor de la actora, de manera retroactiva. Para tales efectos, tomará como fecha de cálculo, no la de estructuración de la invalidez, sino la de la última cotización (octubre de 2021). Finalmente, dispondrá que de la mesada pensional, la accionada descuenta, mes a mes, durante el tiempo que sea necesario y sin que se afecte el mínimo vital de la demandante, el valor actualizado del monto que se le pagó por concepto de devolución de saldos.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR las sentencias del 11 de mayo y 21 de marzo de 2023, proferidas por el Juzgado de Familia de Zipaquirá y el Juzgado Civil Municipal de Chía, respectivamente, que declararon improcedente la acción de tutela. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social de Lucero.

SEGUNDO. ORDENAR a Porvenir S.A. que, en el término de los quince (15) días siguientes a la notificación de la presente providencia, reconozca y pague la pensión de invalidez a la accionante, tomando como fecha de cálculo aquella en que se produjo la última cotización, junto con las sumas adeudadas por concepto de retroactivo de las mesadas pensionales que no estén prescritas de acuerdo con lo consagrado en los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo. Lo anterior, sin perjuicio de que, de la mesada pensional de Lucero la accionada descuenta, mes a mes, durante el tiempo que sea necesario y sin que se afecte su mínimo vital, el valor actualizado del monto cancelado por concepto de devolución de saldos.

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

Notifíquese, comuníquese y cúmplase

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ

Secretaria General

Expediente T- 9.458.520