

Sentencia T-046/19

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Inaplicación del requisito de 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración por cuanto el accionante, a pesar de la enfermedad padecida, continuó cotizando al sistema

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD EN MATERIA PENSIONAL-Reglas

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Excepciones

- (i) Cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,*
(ii) Cuando, a pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL-Juez debe ser más flexible, en desarrollo del principio de igualdad, aplicando un tratamiento diferencial positivo

CONDICIONES CONSTITUCIONALES PARA LA PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCION DE TUTELA FRENTE AL RECONOCIMIENTO DE PENSIONES-Reiteración de jurisprudencia

El Tribunal Constitucional se ha referido a la procedencia de la acción de tutela contra decisiones emitidas por las entidades administradoras de pensiones y ha determinado que, en esos casos, es necesario demostrar: (i) un grado mínimo de diligencia por parte del accionante al solicitar la protección del derecho invocado y (ii) la afectación del mínimo vital

TRABAJO DOMESTICO-Definición

TRABAJO DOMESTICO-Infravaloración histórica

EMPLEADA DEL SERVICIO DOMESTICO-Protección constitucional especial

PENSION DE INVALIDEZ-Marco Legal

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago

*(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*³

FECHA DE ESTRUCTURACION DE INVALIDEZ-Es razonable exigir la valoración integral de todos los aspectos clínicos y laborales que rodean al calificado

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

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

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-6.890.904.

Acción de tutela interpuesta por Marcela Ramírez Ospina contra la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Procedencia: Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá D.C.

Asunto: Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar prestaciones sociales. Reconocimiento de pensión de invalidez en casos de enfermedades catastróficas y degenerativas. Contabilización del requisito de cotización de 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., siete (7) de febrero de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas 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, profiere la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la providencia del 12 de junio de 2018 del Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá D.C. que revocó el fallo del 17 de abril de 2018 proferido por el Juzgado Setenta y Tres Penal Municipal con Función de Control de Garantías, dentro de la acción de tutela promovida por Marcela Ramírez Ospina contra la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

El expediente llegó a la Corte Constitucional en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución y 32 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto del 28 de septiembre de 2018, la Sala de Selección de Tutelas Número Nueve de esta Corporación lo escogió para su revisión y lo asignó a la Magistrada Ponente para su sustanciación¹.

I. ANTECEDENTES

El 3 de abril de 2018, Marcela Ramírez Ospina interpuso acción de tutela contra la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. (en adelante Porvenir S.A.) por considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. Lo anterior, por cuanto la entidad accionada le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez.

A. Hechos y pretensiones

1. La tutelante manifiesta que desde el año 2014 se deterioró su salud al sufrir de dolores abdominales y debilidad en brazos y piernas.
2. En junio de 2015 fue internada por seis meses en el Hospital Simón Bolívar en la ciudad de Bogotá, luego de sufrir parálisis corporal y dificultad respiratoria y fue diagnosticada con “*porfiria aguda intermitente*” que le

¹ El expediente de la referencia fue seleccionado y repartido a la Magistrada Sustanciadora por la Sala de Selección Número Nueve de la Corte Constitucional, conformada por la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger y el Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez, de acuerdo con los criterios orientadores del proceso de selección “*posible violación o desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional*” y “*urgencia de proteger un derecho fundamental*”.

produjo la parálisis de su cuerpo y solo le permitía el movimiento de la cabeza. Afirma que, desde ese momento, Coomeva EPS inició el pago de sus incapacidades hasta el día 180 y los días posteriores fueron cubiertos por Porvenir S.A. y Coomeva EPS².

3. El 5 de mayo de 2017, Seguros de Vida Alfa S.A. notificó a la accionante que su porcentaje de capacidad laboral (PCL) era de 40.50 % por enfermedad común y el 9 de junio de 2016 como fecha de estructuración de su enfermedad³.

4. La accionante, al no estar conforme con el porcentaje obtenido, fue remitida a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca que calificó su PCL en 58,20 % y fecha de estructuración 13 de julio de 2015⁴. Este dictamen también señaló que no aplicaban a su enfermedad las categorías de enfermedades de alto costo, catastrófica, degenerativa o progresiva⁵.

5. El 7 de febrero de 2018, la accionante solicitó a Porvenir S.A. el reconocimiento de la pensión de invalidez. La entidad accionada respondió, mediante comunicación electrónica, que negaba su solicitud pensional “*ya que no cumple con el requisito de cincuenta (50) semanas cotizadas en los 36 meses anteriores a la fecha de estructuración*”⁶, según lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

6. La tutelante sostiene que ha cotizado al sistema pensional 275 semanas desde junio de 2015 en forma ininterrumpida⁷ y que se “*encuentra incapacitada totalmente para desarrollar alguna labor, pues desde que fue descubierta [su] enfermedad*” ha permanecido hospitalizada o en terapias. Agrega que tiene dos hijos de 8 y 17 años que debe sostener económicamente, pese a no poder desempeñar ninguna actividad que le genere ingresos.

7. Como anexos al escrito de tutela, la accionante aporta dos certificaciones de Coomeva EPS en las que consta la transcripción en el período comprendido entre el 1° de enero de 2015 y el 10 de enero de 2018 de 868 días acumulados de incapacidades⁸.

² Cuaderno original, folio 1.

³ Cuaderno original, folios 48-53.

⁴ Cuaderno original, folio 14. Este dictamen se encuentra en firme al considerar que no se presentaron los recursos legales que establece el Decreto 1072 de 2015, según certificación de ejecutoria expedida por Rubén Darío Mejía Alfaro, Secretario Sala Uno de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca que obra en el folio 15 del cuaderno original.

⁵ Cuaderno original, folio 14.

⁶ Cuaderno original, folio 16.

⁷ Como constancia de lo anterior, la accionante anexa un resumen de su historia laboral consolidada que evidencia un total de 275 semanas cotizadas al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS). Cuaderno original, folio 19.

⁸ Cuaderno original, folios 8 y 9.

La accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social y, en consecuencia, se ordene a Porvenir S.A. el reconocimiento de la pensión de invalidez.

B. Actuación procesal

Mediante Auto del 4 de abril de 2018, el Juzgado Setenta y Tres Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C. avocó el conocimiento de la acción de tutela y ordenó notificar a Porvenir S.A., Coomeva EPS y a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para que se pronunciaran sobre los hechos y peticiones que sustentan el amparo constitucional solicitado.

Respuesta de Porvenir S.A.

En escrito radicado el 6 de abril de 2018, la Directora de Litigios de Porvenir S.A. contestó la acción de tutela. En primer lugar, se refirió a las incapacidades pagadas a la accionante y expuso que comprenden aquellas prestaciones económicas que se otorgan “*durante el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar su profesión u oficio habitual, por causa de una enfermedad o accidente de origen común*”⁹. Añadió que el artículo 142 del Decreto 019 de 2012 establece que les corresponde a las Administradoras de Fondos de Pensiones otorgar la incapacidad desde el día 181 de incapacidad y hasta por un término máximo de 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal reconocida por la EPS¹⁰. Manifestó que Porvenir S.A. efectuó pagos por las incapacidades comprendidas entre los días 181 y 540 correspondientes al período entre el 24 de enero de 2016 y el 17 de enero de 2017.

En segundo lugar, dijo que la accionante radicó la solicitud de pensión de invalidez el 7 de febrero de 2018¹¹. Así mismo, que al analizar si cumplía el requisito de las 50 semanas de cotización al Sistema General de Pensiones dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, estableció que solamente cotizó 13.85 semanas y, por lo tanto, mediante comunicación del 25 de noviembre de 2014, rechazó la solicitud¹². Expuso que a la tutelante se le informó de la posibilidad de devolverle los saldos según lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley 100 de 1993. Igualmente, expresó que la presente acción de amparo es improcedente, pues existe otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción laboral. Por todo lo anterior, Porvenir S.A. solicitó denegar o declarar improcedente la acción de tutela.

Respuesta de Coomeva EPS

⁹ Cuaderno original, folio 37.

¹⁰ Cuaderno original, folio 38.

¹¹ Cuaderno original, folio 42.

¹² Cuaderno original, folios 42 y 43.

A través de su analista jurídico regional, Coomeva EPS respondió la acción de tutela de la referencia. En primer lugar, informó que la tutelante tiene una afiliación activa en la entidad con fecha de ingreso 1° de marzo de 2014 y un total de 148 semanas cotizadas, en calidad de cotizante dependiente de la empresa Hermes Francisco Díaz Morillo con ingreso base de cotización de \$781.242¹³.

En segundo lugar, manifestó que la entidad pagó las incapacidades posteriores al día 540 hasta el día 823 correspondiente al 7 de diciembre de 2017¹⁴. Sostuvo que, a partir del 14 de noviembre de 2017, fecha en que se calificó la pérdida de capacidad laboral, le corresponde a Porvenir S.A. asignar la pensión si se tiene en cuenta que la tutelante padece una enfermedad degenerativa que diariamente deteriora su salud¹⁵.

Por todo lo anterior, Coomeva EPS solicitó su desvinculación del trámite de la tutela y que se ordene a Porvenir S.A. el reconocimiento de la pensión de invalidez. Como anexos de su escrito de contestación adjuntó el reporte de pagos a la accionante de incapacidades¹⁶ y la copia de la historia clínica de medicina laboral donde se evidencia el diagnóstico de enfermedad degenerativa¹⁷.

C. Decisiones objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Setenta y Tres Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá D.C., mediante sentencia del 17 de abril de 2018, **concedió** el amparo transitorio de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, a la salud en condiciones dignas y al mínimo vital de Marcela Ramírez Ospina. El despacho consideró que, en las circunstancias particulares de la accionante, la pensión de invalidez solicitada adquiriría relevancia constitucional pues es una persona de especial protección constitucional y carece de la capacidad económica suficiente para garantizar su subsistencia.

Posteriormente se refirió a los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez. En primer lugar, señaló que la accionante fue calificada con 58,20 % de pérdida de capacidad laboral. En segundo lugar, con fundamento en la Sentencia T-040 de 2015, precisó que los fondos de pensiones, al examinar las solicitudes de reconocimiento de pensión de invalidez de personas que sufren

¹³ Cuaderno original, folios 63.

¹⁴ El escrito de Coomeva EPS incluye un cuadro en el que constan las incapacidades pagadas en varios períodos no consecutivos de incapacidad comprendidos entre el 19 de febrero de 2017 y el 7 de diciembre de 2017 correspondiente a 823 días acumulados de incapacidad. Cuaderno original, folio 65.

¹⁵ Cuaderno original, folio 65.

¹⁶ Cuaderno original, folio 68.

¹⁷ Se advierte que en el cuaderno original, a folios 72 a 73 Coomeva EPS allegó la historia de medicina laboral de una persona distinta a la accionante (Marcela Patricia Ospina Rodríguez).

de una enfermedad progresiva o degenerativa, deben tener en cuenta las cotizaciones realizadas con anterioridad y posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez hasta el momento en que la actora perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva¹⁸. Así mismo, el despacho judicial expuso que entre el 13 de julio de 2015 y el 14 de noviembre de 2017, fecha en que se calificó la pérdida de capacidad laboral de la accionante, cotizó 116 semanas aproximadamente¹⁹.

Conforme con lo anterior, concluyó que se vulneraron los derechos a la seguridad social, a la vida, dignidad humana y al mínimo vital de la accionante al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, pese a haber cotizado las semanas requeridas entre la fecha de estructuración de la enfermedad y la fecha de calificación de la invalidez. Por lo anterior, ordenó a Porvenir S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor de la accionante hasta que la jurisdicción ordinaria profiriera una decisión definitiva²⁰.

Impugnación

La entidad accionada impugnó la decisión y reiteró lo expuesto en la contestación de la acción de tutela²¹.

Sentencia de segunda instancia

El Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá D.C., mediante sentencia del 12 de junio de 2018, revocó la decisión emitida en primera instancia.

Señaló que, por un lado, no se cumplió el requisito de semanas cotizadas para otorgarse la pensión de invalidez y, por otro, no se acreditó la existencia del perjuicio irremediable. Agregó que la accionante no aportó evidencia que demostrara por qué no podía acudir ante la jurisdicción laboral. De ese modo, al existir un mecanismo ordinario de defensa judicial consideró la acción de tutela improcedente.

II. ACTUACIONES LLEVADAS A CABO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SEDE DE REVISIÓN

Primer auto de pruebas

El 29 de octubre de 2018, la Magistrada Sustanciadora profirió auto en el que solicitó información a la accionante sobre la composición de su núcleo familiar y su situación económica actual, en particular sobre los gastos

¹⁸ Cuaderno original, folios 77 y 78.

¹⁹ Cuaderno original, folio 79.

²⁰ Cuaderno original, folios 79 y 80.

²¹ Cuaderno original, folios 88 a 94.

mensuales de ella y su familia y las fuentes de ingreso.

De igual manera ofició a Porvenir S.A. para que aportara el historial de cotizaciones a seguridad social realizadas por la accionante; y a Coomeva EPS para que allegara la historia clínica de medicina laboral de la tutelante. Por último, invitó a la Federación Colombiana de Enfermedades Raras, la Fundación Colombiana para la Porfiria, la Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud y a la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia a presentar concepto médico científico acerca de la “*porfiria aguda intermitente*” como enfermedad progresiva y/o degenerativa.

Por medio de informe del 14 de noviembre de 2018²² la Secretaría General de la Corte Constitucional informó que la Federación Colombiana de Enfermedades Raras, la Fundación Colombiana para la Porfiria y la Facultad de Medicina de la Universidad de Antioquia no emitieron contestación.

Respuesta de la accionante

La accionante informó que su hogar está compuesto por su hija de 18 años recién cumplidos y su hijo de ocho años. Así mismo, que vive con sus hijos y sus padres de 69 y 66 años²³. Manifestó que actualmente no cuenta con ingresos y que hasta el 30 de noviembre de 2017 Coomeva EPS pagó sus incapacidades médicas²⁴ y, a partir de ese momento no cuenta con ingreso alguno. Agregó que el padre de su hija paga una cuota mensual de \$130.000²⁵ y el padre de su hijo una cuota mensual de \$140.000. Expuso que sus padres no tienen ingresos, no son pensionados y cubren sus necesidades con la ayuda ocasional de sus hermanas²⁶. Indicó que la falta de ingresos no le permite asistir a sus controles médicos y está en incapacidad de trabajar, debido a la falta de fuerza muscular en sus manos y a la inmovilidad de sus piernas como resultado de una “*neuropatía axonal crónica*” que obstruye los nervios de las piernas²⁷. Añadió que desde 2015 no ha dejado de realizar los aportes para pensión a Porvenir S.A.²⁸

La tutelante relacionó sus gastos y los de su núcleo familiar que suman \$950.000 y manifestó que sus únicas fuentes de ingreso son las mensualidades que aportan los padres de sus hijos y la contribución ocasional de sus hermanas para sufragar los gastos de sus padres²⁹.

²² Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 101.

²³ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 53.

²⁴ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 61.

²⁵ Como anexo al escrito de respuesta, la accionante presentó un escrito suscrito por John Jairo Quinche Hurtado quien manifiesta ser el padre de la hija de la accionante y en el que afirma cumplir con la cuota alimentaria de \$130.000. Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 55.

²⁶ En forma similar se manifestaron los padres de la accionante, María Marleny Ospina de Ramírez y Edgar Ramírez Aguiar, en escrito aportado como anexo a la respuesta de la accionante. Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 58.

²⁷ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 54.

²⁸ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 61.

²⁹ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 54.

Respuesta de Porvenir S.A.

La Directora de Litigios de Porvenir S.A. reiteró que la accionante no cotizó el mínimo de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez³⁰. Aportó la relación de semanas cotizadas dentro de ese período de tiempo que suman 16,43 semanas³¹.

Igualmente, adjuntó el informe consolidado de aportes de la cuenta de ahorro individual de la tutelante. Del reporte se observa lo siguiente: (i) Entre la fecha de estructuración de la invalidez (13 de julio de 2015) y la fecha del dictamen de la calificación de invalidez (14 de noviembre de 2017) se registran 120 semanas de cotización; (ii) entre la fecha de estructuración de la invalidez (13 de julio de 2015) y la fecha de radicación de la solicitud de reconocimiento pensional (7 de febrero de 2018) se registran 132,86 semanas de cotización³²; y (iii) entre la fecha de estructuración de la invalidez (13 de julio de 2015) y la fecha de la última cotización registrada (septiembre de 2018) se registran 167,14 semanas de cotización. También indicó que estos aportes del período descrito fueron hechos por el empleador Hermes Francisco Díaz Morillo³³.

Respuesta de Coomeva EPS

El analista jurídico regional de Coomeva EPS informó que la accionante tiene afiliación activa con esa entidad desde el 1º de abril de 2014 con un total de 178 semanas cotizadas como dependiente de la empresa aportante Hermes Francisco Díaz Morillo³⁴. Sobre el pago de incapacidades informó que fueron cubiertas hasta el 7 de diciembre de 2017, luego de constatar que se emitió dictamen de pérdida de la capacidad laboral el 14 de noviembre de 2017³⁵ y, por consiguiente, le corresponde a Porvenir S.A. proceder a la asignación pensional de la accionante³⁶. Solicitó la desvinculación de Coomeva EPS del presente trámite de tutela y ordenar a Porvenir S.A. que tenga en cuenta las semanas cotizadas con anterioridad y posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez de la accionante para el otorgamiento definitivo de su pensión.

Como anexos de la contestación, aportó el dictamen de origen y pérdida de capacidad laboral y ocupacional de la tutelante³⁷ y el certificado de

³⁰ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 169.

³¹ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 169.

³² Cuaderno de la Corte Constitucional, folios 170 y 171.

³³ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 171.

³⁴ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 90.

³⁵ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 92.

³⁶ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 92.

³⁷ Cuaderno de la Corte Constitucional, folios 95 a 97.

incapacidades transcritas³⁸.

Respuesta de la Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud

La jefe de la oficina jurídica de la Fundación remitió concepto médico emitido por el doctor Walter Gabriel Chaves Santiago, médico internista, docente de la Facultad de Medicina de la Fundación Universitaria. Explicó que las porfirias “*son un grupo de enfermedades causadas por alteración en la síntesis del HEME*”³⁹. Indicó que la porfiria intermitente aguda (PIA) “*se presenta variadamente con manifestaciones cutáneas, neuropsiquiátricas, gastrointestinales y cardiovasculares, con predominio en población entre los 10 y los 30 años en el sexo femenino*”⁴⁰. Igualmente que el pronóstico y la evolución de los pacientes dependen de la gravedad de los ataques agudos y de sus secuelas posteriores con compromiso neurológico⁴¹. Por último, aseguró que la PIA, definida como una enfermedad huérfana por la Resolución 2408 de 2015 del Ministerio de Salud, puede considerarse una enfermedad progresiva y degenerativa “*que afecta gradualmente el funcionamiento estructural (secuelas derivadas de los ataques agudos) así como el estado psíquico y moral del individuo que la padece, lo que le confiere su carácter degenerativo*”⁴².

Segundo auto de pruebas

El 3 de diciembre de 2018, la Magistrada Sustanciadora profirió auto en el que solicitó información a la accionante y a su empleador sobre su relación laboral y las funciones que ella desempeña.

Respuesta de Marcela Ramírez Ospina

La accionante aportó la certificación laboral suscrita por el empleador en la cual consta que tiene una relación laboral “*bajo un contrato de servicio doméstico que implica funciones de servicios generales, (como [a]seo, [m]ensajería), desde junio del 2015, con un salario de \$781.242*”⁴³.

Respuesta de Hermes Francisco Díaz Morillo

El empleador manifestó que sostiene un vínculo laboral con la accionante desde el 1º de junio de 2015, con un contrato de servicio doméstico en Bogotá D.C. conforme con el cual ella presta servicios de “*aseo, cocinar, lavado y*

³⁸ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 98. El certificado emitido por Coomeva EPS informa que en el período comprendido entre el 12 de junio de 2015 y el 13 de julio de 2018 se transcribieron incapacidades intermitentes por enfermedad general que acumulan 883 días de incapacidad.

³⁹ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 100.

⁴⁰ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 100.

⁴¹ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 100.

⁴² Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 100.

⁴³ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 283.

*planchado de ropa, mensajería y demás tareas propias del hogar*⁴⁴. Dijo que desde junio de 2015, la tutelante presentó “*quebrantos de salud a los cuales ha sido imposible ella laborar adecuadamente por su enfermedad DE LA PORFIRIA AGUDA INTERMITENTE, pues ya que ella no puede casi caminar, ni hacer labores de traslado de un lado a otro, ni hacer las actividades del hogar para las cuales fueron contratadas*”⁴⁵ (énfasis originales). Agregó que en cumplimiento de sus obligaciones ha efectuado los aportes a la EPS, al fondo de pensiones, a la ARL y los aportes parafiscales de forma ininterrumpida desde que inició la relación laboral “*a la espera de la confirmación de resolución de Pensión*”⁴⁶, para lo cual anexó el certificado de pago de la cotización⁴⁷. Su escrito lo acompañó con la misma certificación laboral que allegó la accionante⁴⁸.

III. CONSIDERACIONES

Competencia

1. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para conocer de los fallos de tutela proferidos dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de análisis y problema jurídico

2. En el caso objeto de estudio, la accionante fue diagnosticada con porfiria aguda intermitente y fue calificada con pérdida de capacidad laboral de 58,20 % y fecha de estructuración de la invalidez el 13 de julio de 2015. Con fundamento en lo anterior, solicitó a Porvenir S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez el 7 de febrero de 2018, la cual fue negada por el mencionado fondo de pensiones, al considerar que no cotizó el mínimo de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración. Sin embargo, el fondo de pensiones acredita que con posterioridad a esa fecha la accionante realizó cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social.

La accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la salud y a la seguridad social y, en consecuencia, pretende que se ordene a Porvenir S.A. el reconocimiento de su pensión de invalidez.

3. A partir de lo anterior, de constatar la procedibilidad de esta acción constitucional, la Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico:

⁴⁴ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 284.

⁴⁵ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 284.

⁴⁶ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 284.

⁴⁷ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 287.

⁴⁸ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 286.

¿Porvenir S.A. vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital de la accionante al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, bajo el argumento de que no cumple con las 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral?

4. Para resolver el anterior interrogante de fondo, la Sala reiterará la jurisprudencia sobre los siguientes asuntos: (i) las trabajadoras domésticas como grupo de mujeres de especial protección constitucional; (ii) el derecho a la seguridad social y la pensión de invalidez; (iii) la jurisprudencia constitucional sobre la fecha de estructuración de la invalidez y el retiro material y efectivo del mercado laboral; y (iv) el análisis del caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

5. Conforme con el artículo 86 de la Carta Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o particular.

En el caso objeto de estudio, la acción de tutela fue formulada por Marcela Ramírez Ospina, a quien Porvenir S.A. le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez. En consecuencia, la legitimación por activa, en los términos del artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, se encuentra comprobada.

6. Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso.

Mediante **Sentencia C-134 de 1994**⁴⁹, la Corte Constitucional indicó que debe entenderse que la acción de tutela procede contra el particular que preste cualquier servicio público. De otra parte, el artículo 4º de la Ley 100 de 1993, señala que la seguridad social es un servicio público obligatorio y, respecto al sistema general de pensiones, se considera servicio público esencial en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones. A partir de lo anterior, se constata que Porvenir S.A. es el fondo privado al que está afiliada la accionante, y que presuntamente violó sus derechos al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez. En consecuencia, está legitimada por pasiva para actuar en este proceso.

Inmediatez

⁴⁹ M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

7. Porvenir S.A. informó en su escrito de contestación a la acción de tutela que la comunicación electrónica en la que negó el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por la accionante ocurrió el 25 de noviembre de 2014⁵⁰. Sin embargo, tal fecha no es consistente con el hecho de que la primera calificación de la pérdida de capacidad laboral se realizó el 5 de mayo de 2017 y el dictamen proferido por la Junta Regional tiene fecha del 14 de noviembre de 2017. Por este motivo, la Sala no conoce el momento en que se comunicó a la accionante la respuesta negativa a su solicitud de pensión de invalidez, fecha a partir de la cual se establecería si la acción de tutela se ejerció en un plazo razonable. Sin embargo, si se tiene en cuenta que la solicitud de la pensión de Marcela Ramírez Ospina fue radicada el 7 de febrero de 2018⁵¹ y que necesariamente la respuesta negativa de Porvenir S.A. debió ocurrir con posterioridad a esa fecha, la Sala concluye que el amparo fue solicitado oportunamente, pues la tutela fue radicada el 3 de abril de 2018⁵².

Subsidiariedad

8. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial dispone para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

Esta Corporación ha señalado que el ordenamiento jurídico dispone de una serie de recursos y procesos que tienen como propósito la protección de los derechos de las personas. En este orden de ideas, desconocer el carácter subsidiario de la acción de tutela vaciaría de contenido los otros mecanismos de defensa judicial que han sido previstos en las normas constitucionales y legales para proteger los derechos invocados.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que debe conocer dentro del marco estructural de la administración de justicia, de un determinado asunto radicado bajo su competencia⁵³.

⁵⁰ Cuaderno original, folio 43.

⁵¹ Cuaderno original, folio 42.

⁵² Cuaderno original, folio 35.

⁵³ Sentencias T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-313 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño.

9. De acuerdo con lo expuesto, es procedente el amparo cuando el actor no cuenta con un mecanismo ordinario de protección. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, con fundamento en los artículos 86 Superior y 6° del Decreto 2591 de 1991, este Tribunal ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad⁵⁴:

(i) Cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

(ii) Cuando, a pesar de existir un medio de defensa judicial idóneo, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

10. Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad del mecanismo en el caso concreto, para determinar si dicho medio tiene la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y no simplemente formal y debe tener en cuenta que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva.

Ahora bien, en cuanto al cumplimiento del requisito de subsidiariedad, cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha indicado que existe flexibilidad respecto de dicha exigencia. Así, en estos casos el juez de tutela debe brindar un tratamiento diferencial al accionante y verificar que este se encuentre en imposibilidad de ejercer el medio de defensa en igualdad de condiciones⁵⁵.

11. En particular, la jurisprudencia reiterada sobre la procedencia de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez de personas con enfermedades crónicas, degenerativas o progresivas ha reconocido al proceso ordinario laboral como uno de los medios judiciales para la definición de controversias relacionadas con la prestación de los servicios de seguridad social que se generen entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, y las entidades administradoras o prestadoras de tales servicios, de conformidad con lo establecido en el numeral 4° del artículo 2° del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

⁵⁴ Sentencia T-662 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁵ Sentencias T-662 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-527 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

Sin embargo, en varias oportunidades, la Corte Constitucional 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 invalidez⁵⁶.

Por ejemplo, la **Sentencia T-350 de 2018**⁵⁷ analizó la acción de tutela de un hombre de 34 años, diagnosticado con hemofilia B severa y trauma medular con paraplejia, que obtuvo un dictamen definitivo de 66,91 % de pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración del 9 de octubre de 1991. El accionante pretendía el reconocimiento de la pensión de invalidez, pues su fondo de pensiones la negó con fundamento en que no cumplía el requisito de semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, pese a que cotizó al Sistema de Seguridad Social en Pensiones desde 2013 un total de 274,27 semanas.

Al analizar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, la providencia concluyó que, a partir de las circunstancias particulares del accionante, se advertía que el proceso ordinario laboral no resultaba idóneo ni eficaz para obtener la protección de sus derechos fundamentales. En primer lugar, consideró que la duración probable del procedimiento ante la jurisdicción laboral resultaría gravosa para la parte actora. Al respecto, indicó que, dada la enfermedad que sufría el accionante, su salud se deterioraba con el paso del tiempo. Así mismo, no podía desplazarse autónomamente y dependía de otras personas y de gastos onerosos en transporte para desarrollar sus actividades cotidianas. Por último, la precaria situación económica no le permitía atender el monto de sus gastos.

Conforme con lo anterior, la Corte Constitucional estimó que resulta desproporcionado exigir, en las circunstancias descritas de debilidad manifiesta y afectación del mínimo vital, que el accionante acudiera al proceso ordinario laboral para reclamar la pensión de invalidez y, por lo tanto, tal mecanismo no era idóneo ni eficaz para la protección de sus derechos fundamentales⁵⁸.

⁵⁶ Sentencias T-435 de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera, T-350 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-703 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-721 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otras.

⁵⁷ M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

⁵⁸ Este criterio también ha sido expuesto en las Sentencias T-202A de 2018 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-703 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-496 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo, T-452 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo, T-721 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-579 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-485 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-111 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, T-716 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-799 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-376 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

12. Por otra parte, el Tribunal Constitucional⁵⁹ se ha referido a la procedencia de la acción de tutela contra decisiones emitidas por las entidades administradoras de pensiones y ha determinado que, en esos casos, es necesario demostrar: (i) un grado mínimo de diligencia por parte del accionante al solicitar la protección del derecho invocado y (ii) la afectación del mínimo vital.

Al respecto, la **Sentencia T-326 de 2015**⁶⁰ revisó la acción de tutela de una mujer de 69 años de edad, con pérdida de su capacidad laboral del 50.05 % y a quien la administradora de pensiones a la que se encontraba afiliada le negó la pensión de invalidez al considerar que no acreditó el número de semanas requerido en los tres años anteriores a la fecha de estructuración.

La providencia concluyó que el amparo solicitado era procedente al establecer que la accionante soportaba una difícil situación económica, al no poder devengar un salario para costear sus necesidades básicas y satisfacer su mínimo vital y mostró cierta diligencia al demostrar las solicitudes elevadas ante COLPENSIONES para obtener el reconocimiento pensional.

13. En el caso objeto de análisis, las circunstancias fácticas permiten establecer que el proceso ordinario laboral que, en principio, es el mecanismo principal con el que cuenta la accionante para obtener la protección de sus derechos fundamentales no resulta idóneo ni eficaz. En efecto, contrario a lo afirmado por el juez de segunda instancia y Porvenir S.A., la duración de los procedimientos judiciales ante la jurisdicción laboral y el término prolongado en el que se decidiría definitivamente la pretensión pensional resultan muy gravosos para la peticionaria.

En primer lugar, cabe advertir que, según lo muestra el concepto médico allegado por la Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud, la porfiria aguda intermitente como la que padece la accionante puede producir un deterioro gradual de sus funciones estructurales⁶¹. De ese modo, de requerirle que adelante un proceso judicial ante los jueces laborales, el tiempo transcurrido en el mismo contribuiría al menoscabo de su salud y de su calidad de vida y frustraría el disfrute eventual de su pensión de invalidez.

En segundo lugar, la situación económica de la accionante es precaria pues no tiene ingresos suficientes para garantizar el cubrimiento de sus necesidades básicas y las de sus hijos, quienes por su edad no han accedido al mercado laboral, aunado al hecho de que convive con sus padres que tampoco perciben ingreso alguno y se dedican a su cuidado cotidiano. De ese modo, la accionante demuestra que sus gastos y los de su núcleo familiar ascienden a \$950.000 mensuales y no cuenta con los ingresos suficientes para afrontarlos.

⁵⁹ Sentencias T-608 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, T-326 de 2015 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-142 de 2013.

⁶⁰ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁶¹ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 116.

Por lo anterior, la Sala concluye que la falta de reconocimiento de la pensión de invalidez afecta el mínimo vital de la accionante.

En tercer lugar, la tutelante acredita un mínimo de diligencia para obtener el reconocimiento de la prestación pensional al elevar la solicitud ante su fondo de pensiones, junto con el dictamen de pérdida de capacidad laboral que demuestra su situación de discapacidad.

A partir de lo anterior, la Sala observa que la actora es un sujeto de especial protección, pues se encuentra en situación de discapacidad y a pesar de que tiene una vinculación laboral y realiza aportes a seguridad social, no cuenta con los ingresos suficientes para cubrir sus gastos básicos y satisfacer su mínimo vital, características que la hacen acreedora de un cuidado especial por parte del Estado. En particular, se advierte que en las circunstancias descritas de la accionante, resulta desproporcionado exigir que acuda al proceso ordinario laboral para reclamar la pensión de invalidez y, por lo tanto, este no es idóneo ni eficaz para proteger los derechos fundamentales alegados. Por lo tanto, en caso de que se reconozca la pensión solicitada, la tutela se concederá como mecanismo definitivo.

14. Las consideraciones expuestas previamente dan cuenta del cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela bajo examen. En consecuencia, la Sala emprenderá el análisis del problema jurídico de fondo.

Las trabajadoras domésticas como grupo de mujeres de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia⁶²

15. La Corte ha considerado que las empleadas del servicio doméstico son un grupo vulnerable que requiere de una especial protección constitucional. En atención a que en el presente caso la accionante es una persona que se desempeña como empleada doméstica, la Sala profundizará en las características de este grupo, puesto que, además de lo indicado en el acápite precedente, la procedencia de la tutela se cimienta en la comprensión e identificación de estas personas tradicionalmente discriminadas en razón de las labores que desarrollan.

16. De conformidad con el artículo 1° del Decreto 824 de 1988, se entiende por trabajador doméstico “(...) *la persona natural que a cambio de una remuneración presta su servicio personal en forma directa y de manera habitual, bajo continuada subordinación o dependencia, residiendo o no en el lugar de trabajo, a una o varias personas naturales, en la ejecución de tareas de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños, y demás labores inherentes al 'hogar'. Adicionalmente, se llaman 'internos' a los trabajadores*

⁶² Las consideraciones de este acápite se toman de la Sentencia T-185 de 2016 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

de servicio doméstico que residan en su lugar o sitio de trabajo, los demás, son 'por días'".

17. Adicionalmente, la Corte ha definido el trabajo doméstico como el conjunto de “(...) *actividades que una persona adelanta en un hogar de familia, incluyendo el aseo del espacio físico y sus muebles y enseres, la preparación de alimentos, el lavado y planchado del vestido, servicios de jardinería y conducción, y el cuidado de miembros de la familia o de los animales que residen en casas de familia. El trabajo doméstico es, por regla general, contratado por otro particular, quien acude a los servicios de un tercero para tener la posibilidad de salir de casa en busca de la generación de ingresos propios*”⁶³.

De lo anterior se puede inferir que la Corte reconoce que el trabajo doméstico es una labor revestida por las características esenciales de un contrato de trabajo, esto es, la prestación de un servicio personal a otra persona (natural o jurídica) en un hogar, bajo la continua subordinación de aquella y a cambio de una remuneración, independientemente de que la labor se realice en unos días determinados o en modalidad de tiempo completo.

18. Ahora bien, en varios pronunciamientos esta Corporación ha sido enfática en indicar que a pesar de que esta labor se encuentra protegida por la Constitución, la misma ha sido tradicionalmente subvalorada por la sociedad. Cabe resaltar que en la **Sentencia C-310 de 2007**⁶⁴, al analizar la constitucionalidad de un aparte del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, la Corte se refirió ampliamente al tema del servicio doméstico y la situación de vulnerabilidad en la que se pueden ver inmersos quienes prestan esta labor. Al respecto, este Tribunal sostuvo lo siguiente:

“Tradicionalmente al servicio doméstico se le ha restado importancia jurídica, económica y social, al estar destinado a reemplazar o complementar la labor del ama de casa que, como tal, es considerada económicamente inactiva. Se trata, como lo han hecho ver estudios especializados⁶⁵, de una actividad “invisible” para el resto de la sociedad.

⁶³ Sentencia C-871 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa.

⁶⁴ M.P. Nilson Pinilla Pinilla. En esta sentencia la Corte analizó si el numeral 2° del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo, en el que se establecía la obligación de liquidar el auxilio de cesantía de los trabajadores del servicio doméstico solamente con base en la parte del salario que reciben en dinero, vulneraba los artículos 13, 25 y 53 de la Constitución Política. Esta Corporación consideró que la expresión “sólo”, contenida en el numeral 2° del artículo 252 del Código Sustantivo del Trabajo vulneraba el derecho al trabajo por cuanto comportaba un tratamiento diferencial e injustificado en lo concerniente a la liquidación de cesantías, por la simple circunstancia de que unas realizan labores “de aseo, cocina, lavado, planchado, vigilancia de niños, y demás labores inherentes al hogar”. Por lo anterior, la referida expresión “sólo” fue declarada inexecutable y el resto de artículo executable bajo el entendido que el auxilio de cesantía siempre se pagará en dinero y en ningún caso será inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año.

⁶⁵ Colectivo Ioé. *“El servicio doméstico en España. Entre el trabajo invisible y la economía sumergida”*. Informe de investigación, editado y financiado por Juventud Obrera Cristiana de España. Madrid, 1990

(...)

Las pautas culturales también aportan a esta visión, pues como antiguamente el trabajo doméstico correspondía a criados o siervos, aún se sigue pensando que esas personas pueden ser explotadas, máxime cuando ejercen una labor que supuestamente no exige instrucción para desempeñarla”.

19. A partir de lo anterior, se evidencia que las labores del servicio doméstico tradicionalmente han sido desarrolladas por mujeres⁶⁶. Ello se debe a una noción cultural y social que vincula las labores que desempeñan con aquellas que realizaban las amas de casa y con los roles de cuidado que han sido asignados tradicionalmente a lo femenino. Esta concepción del servicio doméstico tiene serias implicaciones en la valoración que tiene la sociedad de estas labores, pues al tratarse de actividades que se realizaban sin remuneración, se suponía que éstas no requerían de un grado de instrucción o inclusive de educación, lo que ha dado como resultado que se les considere labores que no tienen mayor relevancia para la sociedad. En esa medida, el desempeño del oficio del servicio doméstico es una labor que ha sido invisibilizada como forma de trabajo.

Adicionalmente, al tratarse de una actividad que, en principio, no requiere de mano de obra calificada para su desarrollo, por lo general las personas que la realizan no tienen un nivel alto de educación y frecuentemente se trata de mujeres provenientes de áreas rurales, quienes acuden a los grandes centros urbanos en búsqueda de oportunidades laborales a partir de las cuales puedan generar su sustento básico. En esa medida, ante la falta de preparación y la carencia de recursos, el servicio doméstico se ha convertido en muchos casos en la única alternativa laboral para estas mujeres. Por lo tanto, el grupo social que se dedica a estas labores corresponde a un grupo vulnerable socioeconómicamente. Esta situación ha contribuido a que los trabajadores del servicio doméstico no conozcan sus derechos legales y constitucionales, ni mucho menos de los medios existentes para la protección y garantía de los mismos.

En este sentido, la Corte ha sostenido que “(...) *las empleadas de servicio doméstico son personas que se encuentran en estado de indefensión y, especialmente, de subordinación en relación con sus empleadores, por el hecho de estar bajo sus órdenes, aunado a la carencia de los medios mínimos requeridos para repeler la eventual violación o amenaza a sus derechos fundamentales*”⁶⁷.

⁶⁶ A 2004 en Colombia se registraban 987.400 trabajadores domésticos, de los cuales 929.900 eran mujeres y 57.600 eran hombres. International Labor Organization (2013). *Domestic workers across the world: global and regional statistics and the extent of legal protection*. Geneva: ILO, p. 124.

⁶⁷ Sentencias T-1008 de 1999 M.P. José Gregorio Hernández y T-495 de 1999 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Así, la calidad de grupo discriminado tiene orígenes en factores culturales, sociales y económicos como: (i) el hecho de que las actividades domésticas han sido tradicionalmente desarrolladas por mujeres como el ejercicio “*natural*” de labores de cuidado que no requieren remuneración; (ii) la falta de preparación o educación para su desarrollo; (iii) la precaria remuneración que comporta el desempeño de las actividades de servicios domésticos y (iv) el estigma que pesa sobre el desempeño de estas actividades, lo que tiene consecuencias en el ámbito laboral que se traducen en barreras para el goce efectivo de los derechos de estas personas.

Dichas barreras se ven reflejadas en la dificultad (e incluso, en ciertos casos, en la imposibilidad) de desplegar las actuaciones tendientes a la protección de sus derechos como el ejercicio de las acciones legales previstas en el ordenamiento jurídico o de probar la vulneración de estos, pues las relaciones laborales en las que se hallan los empleados del servicio doméstico frecuentemente se encuentran en un entorno de informalidad. Como consecuencia de ello, la Corte ha evidenciado que ello generalmente se ve reflejado en situaciones como (i) la baja remuneración⁶⁸ (en algunos casos no supera el salario mínimo legal mensual vigente y en otros está por debajo del mínimo legal)⁶⁹; (ii) la no vinculación al sistema de seguridad social para amparar los riesgos de vejez, muerte e invalidez⁷⁰; o (iii) el despido sin justa causa de sujetos de especial protección constitucional como las mujeres en estado de embarazo⁷¹ o con alguna enfermedad.

20. Por lo anterior, se puede concluir que la subvaloración de las labores realizadas por los trabajadores del servicio doméstico es una situación que contribuye a la generación de desigualdad social y la discriminación hacia grupos vulnerables⁷². Esto demanda una protección especial del Estado como un deber que se desprende de la cláusula de igualdad constitucional dirigida a la superación de las barreras discriminatorias que atentan contra los derechos fundamentales de este grupo poblacional, que generalmente están atadas a las

⁶⁸ En 2011 el salario promedio de los trabajadores domésticos en Colombia alcanzaba el 46,1 % del salario promedio de todos los asalariados. International Labor Organization (2013). *Domestic workers across the world: global and regional statistics and the extent of legal protection*. Geneva: ILO, p. 68.

⁶⁹ Sentencia T-014 de 2015 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En esta ocasión la Corte decidió amparar de forma transitoria los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de una persona de 78 años, que se desempeñó como trabajadora doméstica durante veinte años, periodo en el cual nunca fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones. En aras de evitar la consumación de un perjuicio irremediable, esta Corporación ordenó que se pagara a la accionante una pensión provisional equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente en los cinco primeros días de cada mes, mientras el juez ordinario laboral se pronunciara en forma definitiva respecto al reconocimiento de este derecho.

⁷⁰ Sentencia SU-062 de 1999 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. En esta oportunidad la Corte se pronunció sobre la vulneración de los derechos fundamentales a la dignidad y la seguridad social de una trabajadora del servicio doméstico que trabajó durante diecisiete años con un particular y nunca fue afiliada al sistema general de salud, ni de pensiones. En aquella ocasión este Tribunal concedió el amparo como mecanismo transitorio y ordenó cancelar una suma no constitutiva de salario equivalente a un salario mínimo con una periodicidad mensual hasta que existiera un pronunciamiento por parte de la justicia ordinaria respecto de los derechos laborales de la accionante.

⁷¹ Sentencia T-303 de 2007 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

⁷² Sentencia C-871 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa.

condiciones laborales y, en forma particular, a la falta de afiliación e incumplimiento en las cotizaciones al sistema de seguridad social.

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

21. El artículo 48 de la Constitución Política consagra el derecho fundamental a la seguridad social y, específicamente, se refiere a la seguridad social en pensiones. De conformidad con el artículo mencionado, la seguridad social tiene doble connotación: (i) se trata de un servicio público de carácter obligatorio, cuya cobertura se debe ampliar progresivamente y se encuentra bajo la dirección, coordinación y control del Estado, a quien corresponde desarrollarlo a través de leyes, y (ii) es un derecho fundamental que se garantiza a todos los habitantes, cuyo contenido está íntimamente ligado a la dignidad humana⁷³.

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

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

El principio de universalidad supone que se proteja a todas las personas, sin ninguna discriminación y en todas las etapas de la vida. Este principio se ve reflejado en el objeto del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, que tiene como finalidad: (i) garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones; y (ii) propender por la ampliación progresiva de la cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones⁷⁴.

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

El artículo 38 de la Ley 100 de 1993 establece que se considera en situación de invalidez la “*persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral*”.

⁷³ Sentencia T-658 de 2008 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁷⁴ Artículo 10º de la Ley 100 de 1993.

Conforme con 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 Único para la Calificación de Invalidez⁷⁵. 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 laboral, y es definida en el artículo 3° del Decreto 1507 de 2014, como: *“(…) la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado éstos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional”*.

El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, refiere 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 la pérdida de capacidad superior al 50 % y haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de la estructuración.

En suma, 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.

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

24. El artículo 3° 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. La fecha de estructuración es un concepto técnico, por ello debe sustentarse en el análisis integral de la historia clínica y ocupacional, los exámenes clínicos y de las ayudas diagnósticas que se requieran.

⁷⁵ 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”*.

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 2013⁷⁶, 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.

Así pues, la calificación integral de la invalidez, de la que hace parte la fecha de estructuración, deberá tener en cuenta los aspectos funcionales, biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, pues la finalidad es determinar el momento en que una persona no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral por la disminución de sus capacidades físicas e intelectuales⁷⁷.

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

25. Ahora bien, generalmente la fecha de estructuración coincide con la incapacidad laboral del trabajador. Sin embargo, en ocasiones la pérdida de capacidad es un hecho que se presenta progresivamente en el tiempo y no concuerda con la fecha de estructuración de la invalidez. Es decir, existe una diferencia temporal entre la total incapacidad para continuar laborando y el momento en que inició la enfermedad, presentó su primer síntoma u ocurrió el accidente, según sea el caso⁷⁸.

La falta de concordancia entre la fecha de estructuración y el momento en que se presenta el retiro material y efectivo del mercado laboral puede explicarse por la presencia de enfermedades crónicas, padecimientos de larga duración, enfermedades congénitas o degenerativas, bien sea porque se manifestaron desde el nacimiento o a causa de un accidente. Lo anterior implica que una

⁷⁶ “Por el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez, y se dictan otras disposiciones”.

⁷⁷ Sentencia T-561 de 2010 M.P. Nilson Pinilla Pinilla. La providencia concedió el amparo de los derechos a la vida digna, seguridad social y mínimo vital de una persona diagnosticada con esquizofrenia esquizo-afectiva a la que se le negó la pensión de invalidez pues, a pesar de continuar trabajando y cotizando al sistema de seguridad social de pensiones con posterioridad a la fecha de estructuración de su situación de invalidez, sólo tenía 17 semanas con anterioridad a esta fecha.

⁷⁸ Sentencia T-158 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. La providencia concedió el amparo transitorio de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la pensión de invalidez, a la vida, al mínimo vital, a la igualdad, al debido proceso y a la dignidad humana del accionante diagnosticado con VIH/SIDA al establecer que su fondo de pensiones negó la pensión de invalidez sin tener en cuenta que la pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva, se presentó el nueve (9) de noviembre de dos mil nueve (2009) fecha a partir de la cual sí se cumplía el requisito de semanas cotizadas para acceder a la prestación pensional.

pérdida de capacidad laboral generada de manera paulatina en el tiempo⁷⁹ en ocasiones no corresponde a la fecha de estructuración dictaminada, pues en los mencionados eventos, aquella se limita a informar el momento en que acaeció la enfermedad y no la circunstancia misma de la incapacidad para trabajar.

La negativa del reconocimiento de la pensión con fundamento en este argumento puede llevar a la violación de los derechos fundamentales de las personas que, a pesar de tener una invalidez que se agrava de manera progresiva, se han integrado al mercado laboral y han realizado los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y desconocería una serie de principios de orden constitucional tales como: “(i) el principio de universalidad; (ii) el principio de solidaridad; (iii) el principio de integralidad; (iv) el principio de prevalencia de la realidad en materia laboral y de seguridad social (art. 53, CP), así como (v) la buena fe”⁸⁰. En efecto, después de haber ejercido una labor que les permitió integrarse al mercado laboral, su situación de salud puede desmejorar al punto de que ya no pueden trabajar y, al momento de solicitar el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, los fondos de pensiones aplican el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 sin tener en cuenta la capacidad laboral residual que posiblemente les permitió desempeñar una función y, en esa medida, trabajar.

26. Para la Corte Constitucional tal práctica es reprochable por dos razones. En primer lugar, constituye 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”⁸¹.

27. En segundo lugar, comporta la violación del derecho fundamental a la igualdad de las personas en situación de discapacidad, porque desconoce 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 situación de discapacidad, se desconoce el mandato constitucional de lograr la igualdad real entre este grupo poblacional y el resto de las personas, pues a pesar de haber hecho factible su integración laboral, se impide que en el momento en que resulte imposible continuar en el empleo con ocasión del

⁷⁹ Sentencia T-158 de 2014 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁸⁰ Sentencia SU-588 M.P. Alejandro Linares Cantillo.

⁸¹ Sentencia T-699A de 2007 M.P. Rodrigo Escobar Gil. La sentencia concluyó que la negativa de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías a reconocerle la pensión de invalidez al accionante que contrajo VIH vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana de los derechos fundamentales alegados por el actor al considerar que resulta desproporcionado y contrario al mandato de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la aplicación rigurosa de la Ley 860 de 2003 a una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta en razón de la grave enfermedad que padece, y que, en todo caso, después de la fecha de estructuración de la invalidez, y hasta cuando la misma fue calificada continuó ejerciendo la actividad laboral y cotizando al sistema, de modo que a la fecha de calificación de la invalidez ya contaba con más de las 50 semanas de aportes exigidas por la normatividad vigente a ese momento.

agotamiento de su capacidad laboral residual, accedan a la prestación que permite enfrentar la contingencia derivada de la invalidez.

28. Conforme con lo expuesto, para esta Corporación 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. La **Sentencia SU-588 de 2016**⁸² establece 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 3 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 tenerse en cuenta otros factores tales como las condiciones específicas del solicitante y de la patología padecida, así como su historia laboral.

En segundo lugar, a las Administradoras de Fondos de Pensiones les corresponde 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 éstos 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 verificará 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

⁸² M.P. Alejandro Linares Cantillo.

calificación de la invalidez o (ii) la fecha de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí 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.

29. La **Sentencia T-694 de 2017**⁸³ amparó los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social de un accionante diagnosticado con la enfermedad de Huntington dictaminado con una pérdida de capacidad del 66,35 % con fecha de estructuración de la invalidez el 7 de julio de 2009 cuya solicitud de pensión de invalidez fue negada por el fondo privado de pensiones por no acreditar el número de semanas cotizadas exigido por la ley. Aunque el accionante demostró que realizó aportes desde el mes de julio de 2009 hasta el 10 de marzo de 2010 en vigencia de una relación laboral, entre el 17 de julio de 2009 y el 17 de agosto de 2010 el accionante estuvo cubierto por incapacidades con ocasión de la enfermedad laboral determinada por su médico.

La providencia mencionada consideró que, pese a que el período de cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración coincidía 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. En particular, la sentencia señaló que *“no podía ni puede exigírsele al accionante que debía estar trabajando o reintegrarse a la labor que cumplía para ese momento, porque como se señaló, estaba haciendo uso de la incapacidad laboral que se le había otorgado por el médico respectivo”*⁸⁴ y concluyó que el accionante tiene derecho a que el fondo de pensiones le reconozca los aportes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, *“pues seguía vinculado a la empresa pero no podía reintegrarse porque estaba incapacitado”*⁸⁵.

30. En conclusión, las administradoras de pensiones no pueden desconocer la capacidad laboral residual que conservó una persona afectada por una enfermedad congénita, degenerativa o crónica, durante el tiempo posterior a la fecha de estructuración, con la cual continuó trabajando y realizó las cotizaciones al sistema en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual hasta el momento en el que de forma definitiva le fue imposible continuar desempeñándose laboralmente. Por consiguiente, 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 un ánimo defraudatorio 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 y para el efecto se pueden tomar

⁸³ M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

⁸⁴ Sentencia T-694 de 2017, consideración 8.6.1.

⁸⁵ Sentencia T-694 de 2017, consideración 8.6.1.

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.

Solución al caso concreto

31. La accionante refiere que en junio de 2015 fue diagnosticada con “*porfiria aguda intermitente*” que le produjo la parálisis de su cuerpo y solo le permitía el movimiento de la cabeza. Por este motivo, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca calificó su PCL en 58,20 % y fecha de estructuración 13 de julio de 2015⁸⁶. Porvenir S.A. negó su solicitud de pensión de invalidez al considerar que no cumplió con la cotización de por lo menos 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración. Sin embargo, la accionante asegura que con posterioridad a junio de 2015 ha cotizado ininterrumpidamente 275 semanas al Sistema General de Seguridad Social. Aunado a lo anterior, en su escrito de tutela la accionante refiere que debe sostener económicamente a sus dos hijos de 8 y 17 años, pese a no poder desempeñar ninguna actividad que le genere ingresos suficientes.

Porvenir S.A. solicitó denegar o declarar improcedente la acción de tutela al considerar que existe otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción laboral y que la accionante solamente cotizó 13.85 semanas dentro de los tres años previos a la fecha de estructuración.

El juez de tutela de primera instancia concedió transitoriamente el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida, a la salud en condiciones dignas y al mínimo vital de la accionante al considerar que, en sus circunstancias particulares, la pensión de invalidez solicitada adquiriría relevancia constitucional, pues es una persona de especial protección constitucional y carece de la capacidad económica suficiente para garantizar su subsistencia. Al verificar el requisito de semanas de cotización, señaló que entre el 13 de julio de 2015 y el 14 de noviembre de 2017, fecha en que se calificó la pérdida de capacidad laboral de la accionante, cotizó 116 semanas aproximadamente⁸⁷ y cumplió con las semanas de cotización exigidas, pues según la jurisprudencia constitucional, en las solicitudes de reconocimiento de pensión de invalidez de personas que sufren de una enfermedad progresiva o degenerativa, deben tenerse en cuenta las cotizaciones realizadas con anterioridad y posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez hasta el momento en que la actora perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva⁸⁸.

⁸⁶ Cuaderno original, folio 14. Este dictamen se encuentra en firme al considerar que no se presentaron los recursos legales que establece el Decreto 1072 de 2015, según certificación de ejecutoria expedida por Rubén Darío Mejía Alfaro, Secretario Sala Uno de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca que obra en el folio 15 del cuaderno original.

⁸⁷ Cuaderno original, folio 79.

⁸⁸ Cuaderno original, folios 77 y 78.

El juez de tutela de segunda instancia revocó la decisión del *a quo* porque la accionante no cumplió el requisito de semanas cotizadas para otorgarse la pensión de invalidez y no se acreditó la existencia de perjuicio irremediable que demostrara que no podía acudir ante la jurisdicción laboral.

32. A partir de las pruebas que se encuentran en el expediente, la Sala constata que la accionante es una persona en situación de discapacidad. Así lo advierte su historia clínica y el dictamen de pérdida de capacidad laboral en donde consta que sufre de porfiria aguda intermitente, que le produce múltiples afectaciones en su vida cotidiana como dificultad para levantarse, bañarse y vestirse, necesidad de ayuda para desplazarse y restricciones en los movimientos de sus manos y debilidad muscular⁸⁹. Además, con base en las afecciones anotadas, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca le otorgó a la tutelante 58,20 % de porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y ocupacional⁹⁰.

33. Respecto del carácter crónico, degenerativo o congénito de la porfiria aguda intermitente que aqueja a la accionante, el dictamen proferido por la Junta Regional indica que no aplican estas categorías a su enfermedad⁹¹. Por el contrario, en la respuesta a la acción de tutela y la información allegada en sede de revisión por parte de Coomeva EPS se indicó que la enfermedad que presenta la tutelante es una enfermedad degenerativa porque “*su condición de salud diariamente se va deteriorando*”⁹². A su vez, el concepto médico-científico emitido por un profesional de la Fundación Universitaria de Ciencias de la Salud señaló que la porfiria intermitente aguda se puede considerar una enfermedad progresiva y degenerativa porque “*afecta gradualmente el funcionamiento estructural (secuelas derivadas de los ataques agudos) así como el estado psíquico y moral del individuo que la padece*”⁹³. Este concepto no fue controvertido por Porvenir S.A., pese a que se dio traslado mediante auto del 29 de octubre de 2018.

A juicio de la Sala y de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, se constata que, en efecto, la accionante padece una enfermedad degenerativa y progresiva. En particular, esta conclusión tiene respaldo a partir de la Ley 1392 de 2010⁹⁴, modificada por el artículo 140 de la Ley 1438 de 2011, que en su artículo 2º denomina como enfermedades huérfanas aquellas que son “*crónicamente debilitantes, graves, que amenazan la vida y con una prevalencia menor de 1 por cada 5.000 personas, [que] comprenden, las enfermedades raras, las ultrahuérfanas y olvidadas*” (énfasis añadidos) y,

⁸⁹ Cuaderno original, folios 11 a 13.

⁹⁰ Cuaderno original, folio 14.

⁹¹ Cuaderno original, folio 14.

⁹² Cuaderno original, folio 65 y cuaderno de la Corte Constitucional, folio 92.

⁹³ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 100.

⁹⁴ “*Por medio de la cual se reconocen las enfermedades huérfanas como de especial interés y se adoptan normas tendientes a garantizar la protección social por parte del Estado colombiano a la población que padece de enfermedades huérfanas y sus cuidadores*”.

desde la Resolución 430 de 2013⁹⁵, el Ministerio de Salud y Protección Social incluye a la porfiria aguda intermitente en el listado de enfermedades huérfanas. Por último, consta en el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral de la accionante el concepto de medicina interna con fecha 1º de junio de 2017 en el que el diagnóstico incluye “*el alto riesgo de recaídas con alto riesgo de mayor limitación*”⁹⁶.

34. La Sala advierte que la accionante ha cotizado al Sistema de Seguridad Social con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez que consta en el dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 14 de noviembre de 2017. En particular, del informe allegado por Porvenir S.A. en sede de revisión, se extraen las siguientes semanas de cotización: (i) entre la fecha de estructuración de la invalidez (13 de julio de 2015) y la fecha del dictamen de la calificación de invalidez (14 de noviembre de 2017) se registran 120 semanas de cotización; (ii) entre la fecha de estructuración de la invalidez (13 de julio de 2015) y la fecha de radicación de la solicitud de reconocimiento pensional (7 de febrero de 2018) se registran 132,86 semanas de cotización⁹⁷; y (iii) entre la fecha de estructuración de la invalidez (13 de julio de 2015) y la fecha de la última cotización registrada (septiembre de 2018) se registran 167,14 semanas de cotización. La historia laboral referida muestra que estos aportes fueron efectuados por el empleador de la accionante con quien mantiene una vinculación laboral vigente⁹⁸.

35. Acerca del análisis de que los aportes al fondo de pensiones con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez sean consecuencia del ejercicio de capacidad laboral residual y no se realicen con el propósito de defraudar el Sistema de Seguridad Social, la Sala considera lo siguiente:

Según las pruebas allegadas al expediente, las semanas cotizadas que Marcela Ramírez Ospina ha registrado se hicieron en virtud de la vinculación laboral que tiene con el señor Hermes Francisco Díaz Morillo desde junio de 2015. Estos aportes se presumirían realizados en ejercicio de la capacidad laboral residual de la accionante. No obstante, la accionante aportó el certificado de incapacidades médicas transcritas por Coomeva EPS con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez equivalente a 853 días y estas certificaciones coinciden con las manifestaciones de la accionante y su empleador sobre la imposibilidad para desempeñar las laborales para las cuales fue contratada por la enfermedad que padece la accionante. De descontarse a los períodos de cotización los días cubiertos por las incapacidades autorizadas a la accionante solo evidenciaría 11 semanas de

⁹⁵ Esta resolución se expidió con fundamento en el párrafo del artículo 2º de la Ley 1392 de 2010 que ordenó al Ministerio de la Protección Social emitir y actualizar la lista de denominación de las enfermedades huérfanas cada dos años a través de acuerdos con la Comisión de Regulación en Salud (CRES) o el organismo competente. Esta resolución, a su vez, fue derogada por la Resolución 5265 de 2018 que conservó a la porfiria aguda intermitente en el listado de enfermedades huérfanas.

⁹⁶ Cuaderno original, folios 11 y 13.

⁹⁷ Cuaderno de la Corte Constitucional, folios 170 y 171.

⁹⁸ Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 171.

ejercicio efectivo de su capacidad laboral residual.

Sin embargo, como se señaló en el fundamento 29 de esta providencia, la **Sentencia T-694 de 2017**⁹⁹ amparó los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social de un accionante diagnosticado con una enfermedad degenerativa cuya solicitud de pensión de invalidez fue negada al no acreditar el número de semanas cotizadas exigido por la ley. La providencia referida concluyó que el accionante tiene derecho a que el fondo de pensiones le reconozca los aportes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, *“pues seguía vinculado a la empresa pero no podía reintegrarse porque estaba incapacitado”*¹⁰⁰ y, de ese modo, consideró 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.

Este pronunciamiento proferido por otra Sala de Revisión de la Corte Constitucional debe ser aplicado para resolver el caso concreto de la accionante, en virtud de los principios de buena fe, seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad¹⁰¹ y en aras de hacer efectiva la especial protección constitucional de la cual es titular la tutelante pues la enfermedad que la aqueja la ha conducido a una situación de discapacidad y además se desempeña como trabajadora doméstica que la expone a una situación de vulnerabilidad específica para ver garantizados sus derechos fundamentales, en particular, su derecho a la seguridad social. Conforme con lo anterior, la Sala considera que los aportes registrados por la accionante con posterioridad al 13 de julio de 2015 fueron efectuados en ejercicio de su capacidad laboral residual, pues se encontraba vinculada laboralmente con su empleador y en uso de las incapacidades médicas reconocidas a su favor.

La Sala también advierte que no observa un ánimo defraudatorio del sistema de seguridad social por parte de la accionante. En primer lugar, sus semanas de cotización no se restringieron a cumplir las 50 semanas de cotización que exige la ley. El historial de cotizaciones allegado por Porvenir S.A. evidencia que las semanas cotizadas exceden considerablemente el número requerido para obtener la pensión, pues para el 14 de noviembre de 2017 (fecha del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral) suman 120 semanas de cotización. Incluso a la fecha de solicitud de reconocimiento pensional la accionante completa 132,86 semanas de cotización. En segundo lugar, su historial de cotización no inicia con la estructuración de la invalidez, sino desde noviembre de 2005, cuando inició una cotización intermitente que solo se vio interrumpida hasta noviembre de 2012 y retomada en junio de 2015

⁹⁹ M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

¹⁰⁰ Sentencia T-694 de 2017, consideración 8.6.1.

¹⁰¹ Sentencia SU-314 de 2017 M.P. Iván Escrucería 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”*.

hasta la fecha¹⁰².

36. 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 la accionante le impidió desempeñar sus funciones.

El dictamen proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca fue emitido el 14 de noviembre de 2017. Como se reseñó anteriormente, del historial de semanas cotizadas a Porvenir S.A. se observa que entre la fecha de estructuración de la invalidez (13 de julio de 2015) y la fecha del dictamen de la calificación de invalidez (14 de noviembre de 2017) se registran 120 semanas de cotización. A partir de lo anterior, conforme 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, la Sala concluye que Marcela Ramírez Ospina cumple con los requisitos de acreditar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y el número de semanas exigidos que la convierten en acreedora de la pensión de invalidez.

37. Porvenir S.A. vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital de Marcela Ramírez Ospina pues, al ser sujeto de especial protección constitucional por su situación de discapacidad y desempeñarse como empleada doméstica con salario mínimo y padecer una enfermedad degenerativa, deben tenerse en cuenta las semanas de cotización posteriores a la estructuración de la invalidez para el reconocimiento de la pensión de invalidez, de los cuales no se evidenció que obedecieran al ánimo de defraudar el sistema de seguridad social en pensiones.

Conclusiones y órdenes a proferir

38. El mecanismo procesal laboral principal con el que cuenta la accionante para obtener la protección de sus derechos fundamentales no es idóneo, ni eficaz. La duración de los procedimientos judiciales ante la jurisdicción laboral y el término prolongado en el que se decidiría definitivamente la pretensión pensional resultan muy gravosos para la peticionaria. La actora merece especial protección pues se encuentra en situación de discapacidad y no cuenta con los ingresos suficientes para cubrir sus gastos básicos y satisfacer su mínimo vital. En las circunstancias descritas de la accionante, resulta desproporcionado exigir que acuda al proceso ordinario laboral para reclamar la pensión de invalidez y, por lo tanto, este no es idóneo ni eficaz

¹⁰² Cuaderno de la Corte Constitucional, folio 170.

para proteger los derechos fundamentales alegados. Por lo tanto, la tutela se concederá como mecanismo definitivo de protección.

39. La invisibilización de las labores realizadas por los trabajadores del servicio doméstico es una situación que contribuye a la generación de desigualdad social y la discriminación hacia grupos vulnerables, razón por la cual estas personas requieren la protección especial del Estado como un deber que se desprende de la cláusula de igualdad constitucional dirigida a la superación de las barreras discriminatorias que atentan contra los derechos fundamentales de este grupo poblacional.

40. Para obtener la pensión de invalidez, el afiliado debe: (i) tener pérdida de capacidad laboral 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.

41. Las administradoras de pensiones no pueden desconocer la capacidad laboral residual que conserva una persona en situación de discapacidad y que es trabajadora del servicio doméstico afectada por una enfermedad congénita, degenerativa o crónica, durante el tiempo posterior a la fecha de estructuración, con la cual continuó trabajando y/o realizó las cotizaciones al sistema en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual hasta el momento en el que de forma definitiva le fue imposible continuar desempeñándose laboralmente. Por consiguiente, en este caso particular las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración en ejercicio de capacidad laboral residual deben ser tenidas en cuenta para verificar si se cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez y para el efecto 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.

42. Al omitir las semanas cotizadas por la accionante con posterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez, Porvenir S.A. viola sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital y desconoce el esfuerzo de ella, como persona en situación de discapacidad, por ser incluida en el mercado laboral. También desconoce la situación de vulnerabilidad que enfrentan las trabajadoras del servicio doméstico que, particularmente, soportan barreras para ver garantizado su derecho a la seguridad social. La actora tiene derecho a la pensión de invalidez, y al negar su reconocimiento bajo el argumento de que no cumple con las 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración, sin tener en cuenta las semanas de cotización posteriores a tal fecha, Porvenir S.A. vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital de Marcela Ramírez Ospina.

43. Por las anteriores razones, la Sala revocará la sentencia de segunda instancia, proferida el 12 de junio de 2018 por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá D.C., que revocó el fallo emitido el 17 de abril de 2018, por el Juzgado Setenta y Tres Penal Municipal con Función de Control de Garantías de la misma ciudad y, en su lugar, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital de Marcela Ramírez Ospina. En consecuencia, se ordenará a Porvenir S.A. que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación del presente fallo, reconozca y pague la pensión de invalidez solicitada por la accionante.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Noveno Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá D.C., el 12 de junio de 2018 dentro del expediente T-6.890.904. En su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la vida digna y al mínimo vital de Marcela Ramírez Ospina.

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

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

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General