

Sentencia T-047/18

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHO AL MINIMO VITAL-Relación

Se evidencia la relación que existe entre el derecho a la seguridad social, en especial los derechos pensionales, y el derecho fundamental al mínimo vital, más aun, cuando se trata de personas que se encuentran en estado de indefensión, y son titulares de una especial protección constitucional como aquellas que se encuentran en condición de discapacidad.

PENSION DE INVALIDEZ-Evolución normativa

PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA AL TRABAJADOR-Alcance

El principio de la condición más beneficiosa se desprende del artículo 53 de la Constitución Política. Este determina que la interpretación de las leyes laborales debe guiarse por los principios de favorabilidad, in dubio pro operario y condición más beneficiosa, debido a que estos consolidan el objetivo estatal de que los trabajadores estén dentro de un plano laboral materialmente igualitario frente a sus empleadores.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE INVALIDEZ-Jurisprudencia constitucional

La jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que en materia de pensión de invalidez, solo es posible aplicar el principio de condición más beneficiosa en aquellos casos en los que una persona cumplió con los requisitos de un régimen derogado para acceder a la pensión de invalidez y, en ausencia de un régimen de transición, se han defraudado sus expectativas legítimas de acceder a una pensión dentro de un régimen que perdió vigencia.

PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE INVALIDEZ-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión de invalidez por cumplir requisitos

Referencia: Expediente T-6.326.802

Acción de tutela instaurada por Gilma Judith Silva Acero contra COLPENSIONES.

Asunto: la acción de tutela como mecanismo definitivo para proteger los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la salud, el derecho fundamental a la seguridad social, a la vida digna y a la pensión de invalidez, interpretación de la condición más beneficiosa.

Magistrada sustanciadora:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

Bogotá, D.C., veinte (20) de febrero de dos mil dieciocho (2018).

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

## SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 24 de julio de 2017, que confirmó la sentencia emitida el 5 de junio de 2017 por el Juzgado 48 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de la misma ciudad, por medio de la cual se negó el amparo constitucional solicitado por Gilma Judith Silva Acero.

El asunto llegó a la Corte Constitucional en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, por remisión que efectuó la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 2 de agosto de 2017, la Sala Número Diez de Selección de Tutelas de esta Corporación escogió el presente caso para su revisión.

## I. ANTECEDENTES

El 23 de mayo de 2017, mediante apoderada judicial, la señora Gilma Judith Silva Acero interpuso acción de tutela contra COLPENSIONES por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna. Lo anterior, como consecuencia de la negativa de la accionada a reconocerle y pagarle la pensión de invalidez a la que considera que tiene derecho, bajo el argumento de que

cumple con los requisitos para que se aplique el principio de condición más beneficiosa.

## Hechos y pretensiones

1. La accionante nació el 28 de octubre de 1951. Empezó a cotizar de manera interrumpida al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones el 1º de marzo de 1970 y actualmente cuenta con mil cuarenta y seis (1046) semanas cotizadas[1]. Los periodos de su cotización fueron: desde el 1º de marzo de 1970 hasta el 30 de enero de 1985, y desde el 1º de agosto de 2002 hasta el 30 de septiembre de 2012[2].
2. El 12 de noviembre de 2015, la señora Gilma Judith Silva Acero fue calificada por COLPENSIONES con una pérdida de capacidad laboral del 64.01% con fecha de estructuración del 30 de agosto de 2015[3], debido a que padece una “[e]nfermedad vascular periférica con insuficiencia venosa y síndrome de Leriche, presenta úlceras de miembros inferiores, edema y dermatitis ocre [...] así como gonartrosis bilateral.” [4]
3. El 16 de junio de 2016 la señora Silva Acero solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez[5].
4. Mediante la Resolución GNR 252140 del 26 de agosto de 2016[6], la entidad demandada negó el reconocimiento de la prestación solicitada por la accionante, bajo el argumento de que no cumple ni con las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral exigidas por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, ni con los requisitos para la aplicación de la condición más beneficiosa del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, debido a que tampoco cotizó 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha en que se produjo la estructuración.
5. El 16 de febrero de 2017, a través de apoderada judicial, la peticionaria solicitó la revocatoria directa de la Resolución GNR 252140 del 26 de agosto de 2016[7].
6. COLPENSIONES negó la pensión de invalidez de la accionante mediante Resolución SUB 35071 del 19 de abril de 2017[8]. En particular, reiteró que no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, ya que ni acreditaba 50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la

invalidez, ni había cotizado 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior, por lo que tampoco podría aplicarse el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original a través del principio de la condición más beneficiosa.

7. El 23 de mayo de 2017, la accionante interpuso acción de tutela contra COLPENSIONES por considerar que tal entidad vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la salud. En consecuencia, solicitó que se le ordene a COLPENSIONES que le reconozca y pague la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral[9].

#### Actuaciones en sede de tutela

Por medio de auto del 23 de mayo de 2017[10], el Juzgado 48 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá admitió la acción de tutela y corrió traslado a COLPENSIONES como parte accionada.

#### Respuesta de COLPENSIONES

Mediante escrito presentado el 31 de mayo de 2017[11], COLPENSIONES solicitó que se declare la improcedencia de la acción de tutela. A su juicio, esta no cumple con el requisito de subsidiariedad, debido a que la accionante no agotó los mecanismos ordinarios de defensa judicial.

#### Fallo de primera instancia

El 5 de junio de 2017[12], el Juzgado 48 Penal del Circuito de Bogotá decidió negar el amparo solicitado, bajo el argumento de que la acción de tutela no cumplió con el requisito de subsidiariedad. En efecto, el a quo indicó que no se acreditó el agotamiento de recursos ordinarios de defensa judicial para obtener el reconocimiento de la prestación reclamada. Así mismo, el juez consideró que tampoco se probó que la accionante estuviera ante la amenaza o configuración de un perjuicio irremediable que justificara la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio.

#### Impugnación

El 13 de junio de 2017[13], la accionante impugnó la sentencia de primera instancia. En

particular, señaló que a pesar de que existe otro mecanismo judicial, este no resulta idóneo o eficaz para su situación particular en razón a que: (i) tiene una pérdida de capacidad laboral del 64,01% por padecer una enfermedad degenerativa que no le permite continuar con su trabajo, ni desarrollar sus actividades normales; (ii) su derecho al mínimo vital se ha visto afectado, en la medida en que no tiene los ingresos suficientes para cubrir sus necesidades básicas; y (iii) la Corte Constitucional en las sentencias T-065 de 2016 y T-002A de 2017 concedió el derecho a la pensión de invalidez en casos análogos al suyo, por lo que el juez de tutela debe aplicar este precedente en el asunto en cuestión.

#### Fallo de segunda instancia

Mediante sentencia del 24 de julio de 2017[14], la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá confirmó la decisión del juez de primera instancia, por considerar que la acción de tutela incumplió el presupuesto de procedencia de subsidiariedad. Adicionalmente, indicó que la peticionaria no demostró pertenecer a un grupo de especial protección, ni las razones por las que se afecta su mínimo vital, pues no basta con afirmar que se encuentra en situación de discapacidad y que no puede cubrir sus gastos básicos para considerar que existe la amenaza o la configuración de un perjuicio irremediable.

#### II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

Con el fin de contar con mayores elementos de juicio, mediante auto del 4 de diciembre de 2017[15], la Magistrada sustanciadora ordenó a la accionante que informara a esta Corporación sobre los medios de subsistencia con los que ha contado desde que presentó la acción de tutela, el monto de sus ingresos, gastos personales, tratamientos médicos y demás necesidades básicas, las personas con las que vive, si tiene bienes a su nombre y personas a cargo. Así mismo, ofició a COLPENSIONES para que informara si la accionante estaba afiliada a dicha entidad y, en caso de que lo estuviera, indicara cuál fue la fecha de vinculación y la acreditación de semanas aportadas al Sistema General de Seguridad Social en Pensión.

#### Respuesta de COLPENSIONES

A través de escrito radicado el 11 de enero de 2018[16], COLPENSIONES informó que Gilma Judith Silva Acero se encuentra afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación

Definida desde el 1º de marzo de 1970, pero que actualmente su estado es inactivo. Así mismo, comunicó que tiene un total de 1046,43 semanas cotizadas en el sistema. Por último, anexó una copia actualizada de la historia laboral de la accionante en la que se comprueba que estuvo activa en dos periodos: desde el 1º de marzo de 1970 hasta el 30 de enero de 1985[17], y desde el 1º de agosto de 2002 hasta el 30 de septiembre de 2012[18].

#### Respuesta de la señora Gilma Judith Silva Acero

Mediante escrito radicado el 13 de diciembre de 2017[19], la accionante dio respuesta a las preguntas formuladas en el auto de pruebas del 4 de diciembre de 2017. En primer lugar, la peticionaria afirmó que desde que presentó la acción de tutela sus hermanas y sus hijos se han ocupado de solventar sus medios de subsistencia. Estos últimos se ocupan de pagar mensualmente el canon de arrendamiento de su vivienda, cuyo precio es de trescientos cincuenta mil (350.000.00) pesos, mientras que sus hermanas se encargan de pagar su manutención y otras necesidades, las cuales estima en doscientos mil (200.000.00) pesos mensuales. En segundo lugar, señaló que actualmente vive sola en un apartamento en Fusagasugá, Cundinamarca, que no tiene personas a cargo y que sus únicos bienes son una cama, una estufa, un armario y un televisor. Por último, indicó que actualmente no está afiliada a ningún fondo de pensiones y que durante su vida laboral solo estuvo asociada a COLPENSIONES y que los periodos de afiliación que van entre el 1º de marzo de 1970 hasta el 30 de enero de 1985, y desde el 1º de agosto de 2002 hasta el 30 de septiembre de 2012.

### III. CONSIDERACIONES

#### Competencia

1. Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, las sentencias proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de revisión y cuestión previa a la formulación del problema jurídico

2. A través de apoderada judicial, Gilma Judith Silva Acero presentó acción de tutela por considerar que COLPENSIONES vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y la vida digna, al no reconocerle y pagarle la pensión de invalidez[20]. Particularmente, señaló que su poderdante perdió el 64,01% de su capacidad laboral, por lo que tuvo que retirarse del trabajo, lo que pone en peligro su derecho fundamental al mínimo vital. Así mismo, argumentó que en este caso se debía conceder la pensión de invalidez de la peticionaria en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, debido a que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, ésta ya había cumplido con los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990 para acceder a una pensión de invalidez, por lo que configuró una expectativa legítima de acogerse a este régimen.

3. La Sala considera que antes de la formulación del problema jurídico de fondo debe determinar si la acción de tutela es procedente. Por lo tanto, analizará si esta cumple con los requisitos de procedibilidad necesarios para realizar el estudio de fondo del amparo solicitado, como son: i) legitimación por activa; ii) legitimación por pasiva; iii) subsidiariedad; e, iv) inmediatez.

Examen de procedencia de la acción de tutela

Legitimación por activa

4. El artículo 86 de la Constitución establece que cualquier 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. Por su parte, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 regula la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela, en el sentido de que la solicitud de amparo puede ser presentada: i) a nombre propio; ii) a través de representante legal; iii) por medio de apoderado judicial; iv) mediante agente oficioso; y v) procure la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales.

5. En este caso particular, la acción de tutela fue presentada por la señora Gilma Judith Silva Acero mediante apoderada judicial. Por lo anterior, se encuentra legitimada en la causa por activa en los términos del Decreto 2591 de 1991 porque es la persona directamente afectada en sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y la vida

digna

### Legitimación por pasiva

6. La legitimación en la causa por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal de quien es el destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental invocado una vez se acredite la misma en el proceso[21]. Conforme a los artículos 86 de la Constitución y 1º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares.

7. En el presente asunto la acción de tutela se dirige contra la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES. Según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, esta es una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida incluyendo la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005. Conforme a lo expuesto, se trata de una entidad pública que tiene capacidad para ser parte, por lo que se encuentra legitimada en la causa por pasiva para actuar en este proceso según los artículos 86 Superior y el 5º del Decreto 2591 de 1991.

### Subsidiariedad

8. El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política establece el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela así:

“[E]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. (Negrilla fuera del texto original).

De este modo, la norma determina que si hay otros mecanismos de defensa judicial que sean idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la acción de tutela. En la sentencia T-373 de 2016[22], la Corte Constitucional reiteró que cuando una persona acude a la

administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos fundamentales, no puede desconocer las acciones judiciales ordinarias contempladas en el ordenamiento jurídico.

9. Sin embargo, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita que: (i) el mecanismo no es idóneo ni eficaz, o (ii) “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”[23].

Este perjuicio se caracteriza:

“(i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente;(ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad”[24].

En relación con la gravedad caracterizada en el segundo supuesto, esta Corporación ha determinado que es necesario que se demuestre el daño que representa una situación determinada, para que se justifique la intervención del juez constitucional. Lo anterior, con el fin de evitar la configuración de un perjuicio irremediable, por lo que antes de esta injerencia se deben evaluar las posibilidades que tiene el accionante con los mecanismos ordinarios de defensa judicial y, en caso de que lleve a cabo una intervención, debe examinar si el amparo constitucional procede de forma definitiva o transitoria[25].

10. En diferentes oportunidades, esta Corte se ha pronunciado sobre la procedencia del amparo constitucional contra decisiones proferidas por entidades administradoras de pensiones. En efecto, en la sentencia T-142 de 2013[26], reiterada por la T-326 de 2015[27], este Tribunal determinó que en estos casos es necesario demostrar: (i) un grado mínimo de diligencia por parte del accionante al solicitar la protección del derecho invocado y (ii) probar la afectación del mínimo vital.

De acuerdo con los fundamentos jurisprudenciales anteriormente señalados y con las pruebas que obran en el expediente, la Sala encuentra que en este caso la acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y al mínimo vital de la actora. Sin embargo, debe señalarse que tal y como lo analizaron los jueces de instancia, el mecanismo idóneo para solucionar controversias pensionales es el proceso ordinario laboral. Esto según lo establecido en el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social[28].

La Sala encuentra que en el caso objeto de estudio, este mecanismo de defensa judicial no es idóneo ni eficaz para conseguir el amparo inmediato de los derechos invocados por la actora. En efecto, de las pruebas que se encuentran en el expediente se evidencia que la accionante padece de una “[e]nfermedad vascular periférica con insuficiencia venosa y síndrome de Leriche, presenta úlceras de miembros inferiores, edema y dermatitis ocre [...] cursa además con gonartrosis bilateral.”[29] Como consecuencia de estas patologías, la señora Silva Acero fue dictaminada por la Junta Médica de Calificación de Invalidez de COLPENSIONES con una pérdida de capacidad laboral del 64.01%[30]. Así mismo, se comprobó que la accionante no tiene ningún ingreso fijo sino que recibe ayuda económica por parte de sus hijos y hermanas. Esta relación le genera una dependencia e incertidumbre económica, debido a que si bien señala que sus hijos pagan juiciosamente los trescientos cincuenta mil (350.000.00) pesos equivalentes a su canon de arrendamiento, también indica que el resto de sus necesidades las cubre con la ayuda económica que le puedan prestar sus hermanas ocasionalmente[31].

11. De este modo, la Sala observa que la actora es un sujeto de especial protección constitucional, en la medida en que es una persona en situación de discapacidad que no solo padece una pérdida considerable de su capacidad laboral, sino que también depende de su familia para satisfacer sus gastos básicos y mínimo vital. En consecuencia, exigirle acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar la protección de sus derechos fundamentales sería desproporcionado, ya que se trata de una persona con importantes limitaciones físicas y económicas. En último término, debe señalarse que a pesar de que existe un procedimiento ordinario laboral para resolver la controversia planteada por la accionante, este mecanismo judicial no es eficaz para proteger de forma inmediata sus derechos fundamentales. Siendo así, la acción de tutela es procedente en este caso como mecanismo definitivo.

Inmediatez[32]

12. Esta Corporación ha resaltado que de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no tiene término de caducidad. Sin embargo la solicitud de amparo debe formularse en un término razonable desde el momento en el que se produjo el hecho vulnerador.

Esta exigencia se deriva de la finalidad de la acción constitucional que pretende conjurar situaciones urgentes que requieren de la inmediata intervención del juez constitucional. Por lo tanto, cuando ha transcurrido un periodo de tiempo considerable y desproporcionado entre la ocurrencia del hecho vulnerador o la amenaza a los derechos fundamentales y la presentación de la acción de tutela, se entiende prima facie que su carácter apremiante fue desvirtuado, siempre que no se hayan expuesto razones que muestren en términos de derechos fundamentales el paso del tiempo para utilizar el mencionado instrumento constitucional.

Así mismo, este requisito de procedencia tiene por objeto respetar o mantener la certeza y estabilidad de los actos o decisiones que no han sido controvertidos durante un tiempo razonable, respecto de los cuales se presume la legalidad de sus efectos ante la ausencia de controversias jurídicas. En ese sentido, la jurisprudencia de este Tribunal[33] ha precisado que el presupuesto de inmediatez: i) tiene fundamento en la finalidad de la acción, la cual supone la protección urgente e inmediata de un derecho constitucional fundamental; ii) persigue la protección de la seguridad jurídica y los intereses de terceros; e iii) implica que la tutela se haya interpuesto dentro de un plazo razonable, el cual dependerá de las circunstancias particulares de cada caso.

9. En atención a las consideraciones expuestas, la Sala considera que el presupuesto de inmediatez está acreditado, ya que transcurrieron un mes y cuatro días desde que COLPENSIONES negó la pensión de invalidez de la accionante mediante Resolución SUB 35071 del 19 de abril de 2017[34] y la presentación de la acción de tutela en referencia. En ese sentido, este espacio de tiempo se muestra razonable y proporcionado en el caso particular, por lo que dicho requisito está probado.

10. En definitiva, la Sala encontró acreditada en el presente asunto la procedibilidad de la acción de tutela, por lo que procederá al estudio de las vulneraciones acusadas, previa

formulación del problema jurídico.

## Problema jurídico

11. La Sala estima que el problema jurídico que debe resolver se circunscribe a establecer lo siguiente: ¿COLPENSIONES 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 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, exigidas por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, ni con los requisitos para la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, a través del principio de la condición más beneficiosa?

12. Para resolver la cuestión planteada, es necesario examinar los siguientes temas: (i) el derecho constitucional a la seguridad social y su relación con el derecho fundamental al mínimo vital; (ii) la pensión de invalidez y su evolución normativa; (iii) el principio de la condición más beneficiosa y su aplicación. Después de este estudio se llevará a cabo el análisis del caso concreto.

El derecho constitucional a la seguridad social y su relación con el derecho fundamental al mínimo vital. Reiteración de jurisprudencia.

13. El artículo 48 Superior garantiza el derecho irrenunciable a la seguridad social a todos los habitantes. De este modo, la seguridad social es un derecho constitucional dentro del ordenamiento jurídico colombiano cuyo cumplimiento es una obligación del Estado. Esta Corporación amparó los derechos sociales a partir de 1992[35] empleando la tesis de la “conexidad” con los derechos fundamentales. Esto quería decir que cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre un derecho social y un derecho fundamental, era posible ampararlo a través de tutela[36].

14. No obstante, esta tesis fue abandonada por la Corte[37]. Ahora es posible proteger derechos sociales a través de la acción de tutela siempre y cuando el legislador, o la administración en los distintos niveles territoriales, hayan definido de manera clara y precisa las prestaciones que el derecho otorga, de manera que constituyan derechos subjetivos de aplicación directa[38]. Siendo así, esta Corte ha establecido lo siguiente en

materia del derecho a la seguridad social:

“una vez ha sido provista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados –prestaciones y autoridades responsables-; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de asignación de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela”[39].

15. En el ámbito internacional, varios tratados ratificados por Colombia han determinado que la garantía del derecho a la seguridad social es vital en el sistema universal de protección de derechos humanos. El artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC), ha establecido que este es clave para: “garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto”[40]. Sobre el contenido de este derecho, el Pacto ha determinado que:

“incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo.”[41] (Negrilla fuera de texto original).

Así mismo, el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece el derecho a la seguridad social como la protección “contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”. Además, en el numeral 1º del artículo 9º del Protocolo Adicional a la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se estableció que el derecho a la seguridad social tiene como finalidad proteger a las personas contra las consecuencias de la invalidez, la cual puede representar un obstáculo para obtener los medios para llevar una vida digna.

16. Con fundamento en lo anterior, se evidencia la relación que existe entre el derecho a la seguridad social, en especial los derechos pensionales, y el derecho fundamental al mínimo vital, más aun, cuando se trata de personas que se encuentran en estado de indefensión, y son titulares de una especial protección constitucional como aquellas que se encuentran en condición de discapacidad.

La pensión de invalidez y su evolución normativa. Reiteración de jurisprudencia

17. El derecho a la seguridad social, consagrado en el artículo 48 de la Constitución, busca garantizar la protección de cada sujeto frente a necesidades y contingencias tales como las relacionadas con la pérdida de la capacidad laboral. Sobre esto, esta Corporación ha determinado lo siguiente:

“De esta norma se desprende el derecho a acceder a la pensión de invalidez, que tiene como objeto brindar a los trabajadores una fuente de ingresos cuando han sufrido un accidente o enfermedad que afectan gravemente su capacidad laboral. Así mismo, este derecho es fundamental porque se trata de una medida de protección a las personas en situación de discapacidad, quienes tienen una alta pérdida de capacidad laboral y, por esta razón, se enfrentan a mayores dificultades para vincularse a un empleo y proveerse un sustento económico que les permita tener una vida digna”[42].

18. Respecto a las normas de pensión de invalidez, en Colombia han existido tres regímenes pensionales desde el año 1990. Estos comparten entre sí tres requisitos para acceder a esta prestación: (i) tener un grado de pérdida de capacidad laboral; (ii) demostrar el número de semanas mínimas cotizadas requeridas; y (iii) solicitar el reconocimiento pensional a partir de la fecha de estructuración de la invalidez. A continuación se hará un breve recuento de cada normativa y se explicará cuáles son los criterios para determinar su aplicación.

Las transformaciones legales para acceder a la pensión de invalidez han cambiado los requisitos en dos aspectos: en la cantidad de semanas para acceder a la pensión y el periodo de cotización de las mismas. En efecto, el Decreto 758 de 1990, por medio del cual se aprobó el Acuerdo 049 de 1990 del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, establece en su artículo 6º las condiciones para acceder a la pensión de invalidez:

“Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,
- b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”

De esta manera, para reconocer la pensión de invalidez este régimen exigía: (i) un total de 150 semanas cotizadas en los seis años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez; o (ii) 300 semanas de cotización en cualquier tiempo con anterioridad a la estructuración de la invalidez.

Esta normativa fue derogada por la Ley 100 de 1993, la cual reguló el sistema de seguridad social integral con el propósito de lograr mayor cobertura[43]. Su vigencia inició el 1º de abril de 1994 y derogó las normas que le fueran contrarias. Sus artículos 38 y 39 modificaron los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en los siguientes términos:

“ARTICULO. 38.- Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

ARTICULO. 39.- Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y
- b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARAGRAFO.-Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo

se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.”

En consecuencia, para acceder a la pensión de invalidez dentro del régimen de la Ley 100 de 1993 en su versión original era necesario: (i) que al momento de la estructuración de la invalidez el afiliado estuviera cotizando y que hubiera aportado por lo menos 26 semanas en cualquier tiempo; o (ii) que en caso de haber dejado de cotizar, hubiera efectuado aportes durante 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento de la fecha de estructuración de la invalidez.

La Ley 860 de 2003[44] modificó en algunos aspectos a la Ley 100 de 1993. Respecto a la pensión de invalidez dispuso que el artículo 39 de tal normativa quedara de la siguiente manera:

“Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Parágrafo 1º. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”

(Líneas tachadas fueron declaradas inexequibles en la sentencia C-428 de 2009).

Esta ley está vigente desde el 26 de diciembre de 2003 y es la que actualmente rige la materia. Es necesario resaltar que en la sentencia C-428 de 2009[45], esta Corporación declaró la exequibilidad de esta norma con excepción de algunas expresiones. No obstante, hizo algunas precisiones sobre el aumento de la densidad de semanas de cotización exigidas, por lo que determinó que esto no implicaba el desconocimiento del deber de progresividad ya que, si bien se aumentó el número de semanas, también se amplió el periodo de cotización de 1 a 3 años.

19. Con fundamento en lo anterior, se evidencia que la legislación colombiana ha cambiado los requisitos de número de semanas cotizadas en el Sistema y el tiempo de cotización para acceder a la pensión de invalidez. Inicialmente, el Decreto 758 de 1990 exigía cotizar 150 semanas en los últimos 6 años, o 300 semanas en cualquier tiempo anterior a la fecha de estructuración de la invalidez. Posteriormente, la Ley 100 de 1993 en su versión original requería un menor número de semanas cotizadas (26) en un tiempo más corto, pues debía ser en el año inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez o 26 semanas en cualquier tiempo si el cotizante seguía afiliado al Sistema. Por último, la Ley 860 de 2003, en los apartados que no fueron declarados inexequibles, estableció como requisito la cotización de 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. Así mismo, esta normativa determinó que en caso de que el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo necesitará haber cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

Ahora bien, a pesar de que la normativa vigente es la Ley 860 de 2003, hay que señalar que cualquiera de las tres legislaciones anteriores puede llegar a ser aplicada en un caso particular en virtud del principio de la condición más beneficiosa ajustable a la pensión de invalidez. Lo anterior, en consideración a que el Legislador no creó un régimen de transición en las normas que regulan el reconocimiento este tipo de pensión. Sin embargo, la aplicación de la condición más beneficiosa está sujeta a unas situaciones muy específicas.

El principio de condición más beneficiosa. Reiteración de jurisprudencia

20. El principio de la condición más beneficiosa se desprende del artículo 53 de la Constitución Política. Este determina que la interpretación de las leyes laborales debe guiarse por los principios de favorabilidad, in dubio pro operario y condición más beneficiosa, debido a que estos consolidan el objetivo estatal de que los trabajadores estén dentro de un plano laboral materialmente igualitario frente a sus empleadores.

21. En materia de pensión de invalidez, en la sentencia SU-442 de 2016[46], esta Corporación definió la condición más beneficiosa como la posibilidad de reconocer dicha prestación, con fundamento en una norma anterior a la que se encontraba vigente al momento de la estructuración de la invalidez. Lo anterior, condicionado a que: (i) se hubiera dado un cambio de legislación sin contemplar un régimen de transición; (ii) este cambio hubiera hecho más gravosa la situación del solicitante; y (iii) el beneficiario se hubiera forjado una expectativa legítima en vigencia de la normativa anterior[47].

A pesar de que esta providencia no haya definido el concepto de “expectativa legítima” las sentencias C-789 de 2002[48], T-832A de 2013[49] y T-065 de 2016[50], entre otras, determinaron que ésta existe cuando una persona configuró su derecho a la pensión de invalidez en vigencia de alguno de los regímenes anteriores al que se encontraba en vigor en el momento en el que se estructuró la invalidez.

En este sentido, si se tiene en cuenta que ni la Ley 100 de 1993, ni la Ley 860 de 2003 contemplaron un régimen de transición para la pensión de invalidez que garantice las expectativas legítimas de los usuarios, es posible aplicar la condición más beneficiosa respecto de las disposiciones anteriormente referidas a quienes consolidaron su derecho a la pensión de invalidez mientras estas se encontraban vigentes.

Ahora bien, es importante aclarar que si bien la sentencia SU-005 de 2018[51] modificó el alcance del principio de la condición más beneficiosa, esta solo lo hizo frente a los casos de pensión de sobrevivientes, debido a que la Sala Plena consideró que este tipo de pensiones tienen una finalidad distinta de aquella de la pensión de invalidez, en la medida en que esta última busca proteger al beneficiario del riesgo de la desaparición de sus ingresos sustituyéndolos por el monto de una pensión. En ese sentido, la Sala Plena no cambió la jurisprudencia establecida en la sentencia SU-442 de 2016 acerca de la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 en cuanto tiene que ver con la pensión de invalidez, sino que la

distinguió de aquella que debe aplicarse en cuanto a la pensión de sobrevivientes.

22. Tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia reconocen el principio de la condición más beneficiosa. Sin embargo, el alcance de este principio fue un motivo de desacuerdo jurisprudencial. Durante varios años, la Corte Constitucional utilizó mayoritariamente la tesis amplia[52] de la condición más beneficiosa, según la cual es posible aplicar cualquiera de los tres regímenes que han regulado el derecho a la pensión de invalidez sin límite de tiempo. Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene una tesis restrictiva[53], de la que se desprende que la norma aplicable es la inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez.

Recientemente, la Corte Constitucional zanjó esta discusión en la Sentencia SU-442 de 2016 previamente referida. En esta providencia se determinó que una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse de conformidad con las normas anteriores a la que se encontraba vigente cuando se estructuró una pérdida de capacidad laboral igual o mayor del 50%, con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa. Con respecto a su alcance en el tiempo, esta Corporación determinó que la condición más beneficiosa en pensiones de invalidez no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo el cual el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima conforme a la jurisprudencia. Así mismo, estableció lo siguiente:

“Por lo demás, una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base del respeto al precedente constitucional, y (iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.”

23. Adicionalmente, la referida sentencia realizó algunas precisiones sobre la aplicación de la condición más beneficiosa y reiteró la concepción de “expectativa legítima”. En particular, estableció que, en casos de pensiones de invalidez, sólo es posible aplicar la condición más beneficiosa a un usuario que tenía una expectativa legítima bajo una norma anterior.

Para mostrar la aplicación de la condición más beneficiosa, dicha providencia reiteró el proceso llevado a cabo en las sentencias T-569 de 2015[54] y T-065 de 2016[55] de la siguiente manera:

- a) el supuesto fáctico parte del caso de un usuario del sistema general de pensiones que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en vigencia de alguna de las dos normas anteriores a la Ley 860 de 2003;
- b) la legislación en la que cumplió los requisitos para acceder a la pensión de invalidez es derogada sin contemplar un régimen de transición;
- c) el cambio de legislación hizo más gravosa la situación del usuario, en la medida en que con la nueva normativa no cumple con los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez;
- d) con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen, el usuario solicita el reconocimiento de una pensión de invalidez;
- e) el usuario no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003;

Con fundamento en lo anterior, la Corte aplicó la condición más beneficiosa bajo el argumento de que el peticionario tenía una expectativa legítima, debido a que había cumplido con los requisitos establecidos para acceder a la pensión en alguna de las legislaciones anteriores.

En consecuencia, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que en materia de pensión de invalidez, solo es posible aplicar el principio de condición más beneficiosa en aquellos casos en los que una persona cumplió con los requisitos de un régimen derogado para acceder a la pensión de invalidez y, en ausencia de un régimen de transición, se han

defraudado sus expectativas legítimas de acceder a una pensión dentro de un régimen que perdió vigencia.

24. En conclusión, para aplicar el principio de la condición más beneficiosa es necesario que la persona que busca el reconocimiento de una pensión de invalidez: (i) cumpla con los requisitos exigidos para acceder a dicha prestación en un régimen derogado, lo que se constituye como una expectativa legítima de acogerse a él; y (ii) no cumpla con las exigencias requeridas en el nuevo régimen, el cual dejó sin efectos al anterior sin contemplar un régimen de transición para sujetos que hubieran cumplido con las condiciones previas.

#### Análisis del caso concreto

25. En el presente caso, Gilma Judith Silva Acero interpuso acción de tutela contra COLPENSIONES por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la salud, generada por la negativa de la entidad accionada de reconocer su pensión de invalidez, bajo el argumento de que “no es procedente el reconocimiento de la Pensión de Invalidez bajo la figura de la condición más beneficiosa, toda vez que la jurisprudencia citada, solo contempla el tránsito entre la norma vigente al momento de la estructuración -Ley 860 de 2003- y la norma precedente, siendo para el caso particular la Ley 100 de 1993, bajo la cual [...] tampoco es viable realizar el reconocimiento”[56]. Con fundamento en lo anterior, la accionante solicitó que se ordene a la entidad demandada reconocer y pagar su pensión a partir del 30 de agosto de 2015, fecha de estructuración de la invalidez.

De las pruebas que obran en el expediente se demuestra que la accionante: (i) nació el 28 de octubre de 1951, por lo que en la actualidad tiene 66 años de edad[57]; (ii) está afiliada a COLPENSIONES dentro del Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1º de marzo de 1970[58]; (iii) en la actualidad se encuentra inactiva en el Sistema General de Seguridad Social en Pensión; (iv) cuenta con un total de 1046,43 semanas cotizadas[59]; y (v) fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 64.01% con fecha de estructuración del 30 de agosto de 2015 declarada por la Junta Médica de Calificación de Invalidez de COLPENSIONES[60].

Por lo anterior, esta Sala estableció que el problema jurídico a resolver consiste en

determinar si la accionante cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en los términos del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y, en caso negativo, en examinar si cumple con los requisitos para aplicar la condición más beneficiosa.

26. Teniendo en cuenta lo anterior, en la siguiente tabla se contrastarán las normas que regulan los requisitos exigidos por los tres regímenes anteriormente señalados con la historia laboral de la actora para así resolver el problema jurídico. La tabla se organizará a partir de la vigencia de cada legislación, por lo que empezará por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, después estará el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, y por último el Decreto 758 de 1990. El objetivo de este cuadro es presentar de la manera más clara posible los supuestos normativos de cada uno de los regímenes, y cuál era la situación de la accionante durante la vigencia de cada uno de ellos.

Regímenes pensionales y vigencias

Semanas cotizadas durante la vigencia

¿Cumple con los requisitos?

¿Se configuró una expectativa legítima antes del cambio de legislación?

Artículo 1º de la Ley 860 de 2003: vigente desde el 29 de diciembre de 2003.

Supuesto a: 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

1046,43[61]

Contraste del supuesto a: no lo cumple. Solo cotizó 8,57[62] semanas dentro de

los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

No aplica, ya que no cumple con las condiciones del régimen actual.

Supuesto b: haber cotizado 25 semanas en los últimos 3 años si y solo si ha cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez.

Contraste del supuesto b: no lo cumple. Solo cotizó 8,57[63] semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original: vigente desde el 1º de abril de 1994 hasta el 28 de diciembre de 2003.

Supuesto c: Estar cotizando al régimen y haber cotizado 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez.

626,44[64]

Contraste del supuesto c: no lo cumple. Al momento de producirse el estado de invalidez no se encontraba cotizando al régimen[65].

No. Si bien cotizó 624,44 semanas durante su vigencia, la accionante incumplía los requisitos, ya que al momento de la estructuración no estaba activa en el Sistema, y no hizo ninguna cotización en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración.

Supuesto d: No estar cotizando al sistema pero haber cotizado 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

Contraste del supuesto d: no lo cumple. En el año inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez no reporta cotización alguna[66].

Artículo 6 del Decreto 758 de 1990: vigente desde el 1º de febrero de 1990 hasta el 31 de marzo de 1994.

Supuesto e: haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al estado de invalidez.

566,44[67]

Contraste del supuesto e: no lo cumple. En los 6 años anteriores a la invalidez la actora cotizó 143, 71[68] semanas.

Sí, debido a que cotizó 566,44 durante este régimen, por lo que al cumplir con los requisitos establecidos durante su vigencia, estructuró una expectativa legítima.

Supuesto f: haber cotizado 300 semanas en cualquier época anterior al estado de invalidez.

Contraste del supuesto f: sí lo cumple. La accionante cotizó 566,44 durante este régimen.[69]

27. En resumen, si bien Gilma Judith Silva Acero no cumple con los requisitos establecidos por la norma vigente para acceder a la pensión de invalidez, es decir, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, en su caso sí es posible aplicar el principio de condición más beneficiosa en otro régimen pensional. Lo anterior, en consideración a que durante la vigencia del Decreto 758 de 1990, que empezó a regir el 1º de febrero de 1990 y terminó el 31 de marzo de 1994, la accionante había cotizado 566,44[70] semanas, por lo que cumplió con los requisitos exigidos para acogerse a este.

No obstante, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -y posteriormente de la Ley 860 de 2003- su situación se volvió más gravosa, ya que la peticionaria no cumplía las exigencias de esta norma que exigen estar cotizando al régimen y al menos haber aportado

26 semanas al momento de producirse la invalidez, o no estar cotizando pero por lo menos haber aportado 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior al momento de producirse ésta. Además, esta ley no solo dejaba sin efectos al Decreto 758 de 1990, sino que tampoco contemplaba un régimen de transición para sujetos que hubieran cumplido con las condiciones exigidas por éste.

28. En ese sentido, en el caso particular debe aplicarse el principio de la condición más beneficiosa porque: i) durante la vigencia del Decreto 758 de 1990 la accionante había cumplido los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en la medida en que había cotizado 566,44 semanas; ii) la actora no cumple ni con los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, ni con los del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, lo que ha su situación más gravosa para acceder a la pensión de invalidez porque estas normas o limitan temporalmente las semanas que pueden ser tenidas en cuenta para su acceso, o exigen estar cotizando al momento de producirse la invalidez; y iii) ninguno de los dos regímenes anteriormente mencionados contempló un mecanismo de transición para las personas que hubieran cumplido con las condiciones establecidas en el Decreto 758 de 1990 para el reconocimiento de su pensión de invalidez. En consecuencia, los supuestos fácticos del caso se adecuan a las reglas jurisprudenciales sobre la condición más beneficiosa, por lo que debe ser aplicada en esta decisión.

## Conclusiones

En conclusión, la acción de tutela es procedente porque los mecanismos ordinarios de defensa judicial son ineficaces para proteger de forma inmediata los derechos fundamentales de la accionante. Lo anterior, debido a que esta padece una enfermedad que le ha causado una pérdida considerable de su capacidad laboral, lo que le ha impedido obtener ingresos propios con los que pueda cubrir sus gastos básicos y satisfacer su mínimo vital, por lo que debe acudir a su familia para solventarlos. En consecuencia, exigirle acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar la protección de sus derechos fundamentales sería demasiado gravoso.

Ahora bien, después de analizar los requisitos exigidos por la norma vigente para acceder a la pensión de invalidez, es decir, del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, esta Sala de Revisión concluye que la peticionaria no los cumple, ya que no cotizó las semanas suficientes para

satisfacerlos. Sin embargo, esta sí cumple con las exigencias establecidas en la jurisprudencia para aplicar el principio de la condición más beneficiosa, toda vez que durante la vigencia de Decreto 758 de 1990 cotizó 566,44 semanas, por lo que forjó una expectativa legítima de acogerse a él cuando cumplió sus requisitos.

En consecuencia, se revocará la sentencia del 24 de julio de 2017, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó el fallo proferido 5 de junio de 2017, por el Juzgado 48 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de la misma ciudad, mediante la cual se declaró improcedente el amparo constitucional. En consecuencia, se concederá el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la salud de la señora Gilma Judith Silva Acero. Por lo tanto, se ordenará a COLPENSIONES que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, reconozca y pague la pensión de invalidez solicitada por la accionante desde la fecha de estructuración de esta es decir, desde el 30 de agosto de 2015.

#### IV. DECISIÓN

##### RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia del 24 de julio de 2017, emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que confirmó el fallo proferido 5 de junio de 2017 por el Juzgado 48 Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá, mediante la cual se declaró improcedente el amparo constitucional. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la salud de la señora Gilma Judith Silva Acero.

Segundo.- En consecuencia, ORDENAR a COLPENSIONES que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, reconozca y pague la pensión de invalidez solicitada por la accionante desde la fecha de estructuración de esta, es decir, desde el treinta (30) de agosto de 2015.

Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con aclaración de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

A LA SENTENCIA T-047/18

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Existe un régimen de transición establecido por el Constituyente, aplicable a todos los regímenes pensionales (Aclaración de voto)

Una clara regla constitucional contenida en el Parágrafo transitorio del artículo 48 superior, introducido por el artículo 1o del Acto Legislativo 01 de 2005, puso un límite temporal explícito a la aplicación ultra activa de cualquier norma o régimen pensional anterior a la creación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. En efecto, dicha norma, en lo pertinente, dice así: "... la vigencia de... cualquier otro (régimen) distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de

julio del año 2010.” Ante la fijación por el constituyente derivado, de tan claro plazo, no le era posible a la Corte desconocer la imposibilidad de continuar aplicando a la fecha una norma derogada hace cerca de 24 años.

Referencia: Expediente T-6.326.802

Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado

Aunque comparto el proyecto en respeto a la jurisprudencia vigente sobre la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, considero necesario aclarar mi voto, por cuanto, en todo caso, creo que sí existe un régimen de transición establecido por el Constituyente, aplicable a todos los regímenes pensionales. En efecto, una clara regla constitucional contenida en el Parágrafo transitorio del artículo 48 superior, introducido por el artículo 1o del Acto Legislativo 01 de 2005, puso un límite temporal explícito a la aplicación ultra activa de cualquier norma o régimen pensional anterior a la creación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. En efecto, dicha norma, en lo pertinente, dice así: “... la vigencia de... cualquier otro (régimen) distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010.” Ante la fijación por el constituyente derivado, de tan claro plazo, no le era posible a la Corte desconocer la imposibilidad de continuar aplicando a la fecha una norma derogada hace cerca de 24 años.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

[1] Historia Laboral de la Accionante. Fol. 75 del cuaderno de primera instancia.

[2] Ibíd.

[3] Fol.14 del cuaderno de primera instancia.

[4] Fol. 14 del cuaderno de primera instancia.

[5] Fol. 18 del cuaderno de primera instancia.

[6] Fol. 18 del cuaderno de primera instancia.

[7] Folios 21-26 del cuaderno de primera instancia.

[8] Folios 28-31 del cuaderno de primera instancia.

[9] Fol. 6 del cuaderno de primera instancia.

[10] Fol. 33 del cuaderno de primera instancia.

[11] Folios 36-39 del cuaderno de primera instancia.

[12] Folios 40-43 del cuaderno primera instancia.

[13] Folios 45-50 del cuaderno de primera instancia.

[14] Folios 3-15 del cuaderno de segunda instancia.

[15] Folios 22-24, cuaderno Corte Constitucional.

[16] Folios 79-84, cuaderno Corte Constitucional.

[17] Folio 80, cuaderno Corte Constitucional.

[19] Folio 29-32, cuaderno Corte Constitucional

[20] Folios 2 y 3 del cuaderno de primera instancia.

[21] Ver sentencias T-1015 de 2006, M.P. Álvaro Tafur Galvis; T-780 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-373 de 2015 y T-098 de 2016 ambas con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, entre otras.

[22] M.P. Gloria Stella Ortiz.

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

[24] Sentencia T-896 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda.

[25] T-185 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz y T-400 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz.

[26] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[27] M.P. Luis Ernesto Vargas.

[28] “ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:

[...]

4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.”

[29] Folio 15, cuaderno primera instancia.

[30] Folio 14, cuaderno primera instancia.

[31] Folio 30, cuaderno Corte Constitucional.

[32] Sentencia T-106 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[33] Sentencias T-1028 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-246 de 2015; M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, entre otras.

[34] Folios 28-31 del cuaderno de primera instancia.

[35] Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita.

[36] Sentencia T-021 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[37] Sentencia T-713 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz; Sentencia 486 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz.

[38] Sentencia T-1318 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-468 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda; y Sentencia T-713 de 2014, M.P. Gloria Stella Ortiz.

[39] Ibídem.

[40] Naciones Unidas, Consejo Económico y Social, Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación General No. 19 El derecho a la seguridad social (Artículo 9), 39ª período de sesiones 5 - 23 de noviembre de 2007. Ginebra. Párrafo 1.

[41] Ibídem, Párrafo 2.

[42] Sentencia T-509 de 2015, Gloria Stella Ortiz.

[43] Preámbulo de la Ley 100 de 1993.

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

[45] M.P., Mauricio González Cuervo.

[46] M.P. María Victoria Calle Correa.

[47] Sentencia C-177 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda.

[48] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[49] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

[51] M.P. Carlos Bernal Pulido.

[53] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 11 de noviembre de 2015. Radicado 54093. M.P. Luis Gabriel Miranda.

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

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

[56] Folio 30, cuaderno primera instancia.

[57] Folio 13, cuaderno de primera instancia: cédula de Gilma Judith Silva Acero.

[58] Folio 84, cuaderno Corte Constitucional: respuesta de COLPENSIONES en sede de Revisión

[59] Folio 80 cuaderno Corte Constitucional: respuesta de COLPENSIONES en sede de Revisión

[60] Formulario de calificación de la pérdida de capacidad laboral. Folio 14, cuaderno primera instancia.

[61] Folio 80, cuaderno Corte Constitucional: respuesta de COLPENSIONES en sede de Revisión.

[62] Ibídem.

[63] Ibídem.

[64] Ibídem.

[65] Ibídem.

[66] Ibídem.

[67] Ibídem.

[68] Ibídem.

[69] Ibídem.

[70] Folio 80, cuaderno Corte Constitucional: respuesta de COLPENSIONES en sede de Revisión.