

PENSION DE INVALIDEZ Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Test de procedencia

(a) acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez, pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo; (b) el no reconocimiento de la pensión de invalidez debe afectar directamente la satisfacción de las necesidades básicas del peticionario; (c) valorarse como razonables los argumentos que proponga el actor para justificar su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigentes al momento de la estructuración de la invalidez; y (d) comprobarse una actuación diligente del interesado en solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

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

PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE INVALIDEZ-Alcance

El alcance de la condición más beneficiosa se expuso a través de tres exigencias que se deben comprobar, estas son: (a) la fecha de estructuración; (b) el no contar con las semanas exigidas en la Ley 860 de 2003; y (c) acreditar las semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990. Si el juez constitucional acredita el cumplimiento de estas exigencias y el accionante supera el test de procedencia es posible conceder en sede de tutela el reconocimiento de la pensión pretendida.

APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE INVALIDEZ-Orden a Colpensiones reconocer pensión de invalidez

Referencia: Expediente T-7.364.239

Asunto: Acción de tutela instaurada por el señor Fernando Rubiano Toro contra Colpensiones

Bogotá DC, dieciséis (16) de marzo de dos mil veinte (2020)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela adoptado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el cual revocó el fallo del Juzgado Octavo Penal del Circuito de la misma ciudad, correspondiente al trámite de la acción de amparo constitucional presentada por el señor Fernando Rubiano Toro contra la Administradora Colombiana de Pensiones

-Colpensiones-.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes

El señor Fernando Rubiano Toro, actuando a través de apoderado, acude a la acción de amparo al considerar lesionados sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, al debido proceso y a la vida digna por los siguientes hechos:

(i) El Señor Fernando Rubiano Toro, persona de 70 años¹, manifestó que, desempeñándose como taxista, fue atacado con arma de fuego, recibiendo tres impactos de bala, hechos ocurridos en agosto de 1994².

(ii) El actor afirmó que después del ataque con arma de fuego no pudo volver a trabajar como taxista, por lo que realizó distintas labores, como cuidar carros, pero que en la actualidad no puede continuar trabajando, y que, por consiguiente, carece de ingresos económicos.

(iv) El actor cuestiona esta fecha de estructuración, porque considera que desde 1994 no ha podido continuar laborando.

(iv) Por lo anterior, el 20 de febrero de 2018 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión

de invalidez a Colpensiones, petición que fue negada el 24 de julio de 2018 bajo los argumentos de que: (a) el señor Rubiano Toro no contaba con 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración; y (b) la imposibilidad de realizar la validación de la copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral allegado⁶, haciendo “materialmente imposible” computar la información para determinar el derecho a la prestación económica⁷.

(v) Según resolución que negó el reconocimiento de la pensión solicitada, el actor cuenta con 3.298 días cotizados entre mayo de 1973 y junio de 1994⁸, que equivalen a 471 semanas.

(vi) Se allegó una manifestación juramentada en donde el actor afirmó no contar con ingresos de ninguna entidad privada o pública, estar inhabilitado para trabajar y señaló que “la señora MARÍA LUCIA LÓPEZ GONZÁLEZ (...) me colabora con mi posada y alimento al cual yo le colaboro en una venta de arepas y empanadas y a veces unos trabajos ocasionales cuidando carros”⁹, la historia clínica del actor donde aparte de corroborar los dictámenes ya mencionados se demuestra la imposibilidad del actor para manejar vehículos.

(vii) El tutelante adujo que Colpensiones no tuvo en cuenta el artículo sexto del Decreto 758 de 1990¹⁰ según el cual se podrá acceder a la pensión de invalidez cotizando 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del estado de invalidez o 300 semanas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez, situación que atenta contra los principios de favorabilidad, progresividad y prosperidad¹¹.

(viii) Mediante diligencia de declaración juramentada el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Cali –quien conoció del presente caso en primera instancia– solicitó una ampliación de la información dada a conocer. En esta diligencia el actor expuso que: (a) su estado civil es casado y dio el nombre de su esposa, pero señaló que después del accidente se “desbarató” el hogar, por lo cual no la ha vuelto a ver; (b) vive de cuidar carros en dos iglesias cristianas

y de la ayuda de la señora María Lucía López González, quien le facilita la estadía y comida a cambio de amasar arepas; (c) sus ingresos mensuales son aproximadamente noventa mil pesos; (d) tiene un hijo que vive en México y que no le ayuda en absoluto; y (e) sus gastos mensuales son aproximadamente quinientos mil pesos¹².

(ix) Finalmente, una vez consultada la base de datos del ADRES se encontró que el señor Fernando Rubiano Toro se encuentra en el régimen subsidiado de salud¹³.

2. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los hechos descritos, el actor, actuando a través de apoderado, acudió a la presente acción con el propósito de obtener al amparo de los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna, los cuales considera vulnerados por la decisión de Colpensiones de negar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, sin tener en cuenta el cumplimiento de los requisitos consagrados en el Acuerdo 049 de febrero de 1990 expedido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 de 1990 del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.

3. Intervención de la parte demandada

Colpensiones contestó la acción de amparo señalando que: (a) la acción no cumple con los requisitos de procedencia, al poderse acudir a la jurisdicción ordinaria para ventilar la controversia planteada; (b) el actor no cuenta con 50 semanas cotizadas en los tres años previos a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral; y (c) no es aplicable la figura de condición más beneficiosa, toda vez que la fecha de estructuración es posterior al 29 de diciembre de 2006¹⁴ y, por consiguiente, no cumple con los requisitos establecidos en la Ley

860 de 2003.

Adicionalmente allegó copias de las resoluciones SUB-194892 del 24 de julio de 2018 y SUB-215133 del 14 de agosto del mismo año, en las cuales se negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al ahora accionante¹⁵.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

(i) En sentencia del 25 de enero de 2019, el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Santiago de Cali concedió el amparo solicitado, al estimar que: (a) el actor cuenta con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%; (b) pese a no contar con 50 semanas cotizadas dentro de los tres años previos a la fecha de estructuración, como exige la Ley 860 de 2003, el actor reunió, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, las 300 semanas de cotización exigidas por el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990; y (c) Colpensiones no tuvo en cuenta el precedente constitucional aplicable al caso concreto¹⁶.

(ii) Mediante escrito del 2 de julio de 2019, la entidad accionada impugnó la decisión del A-quo, argumentando que la tutela no es el mecanismo adecuado para solicitar el reconocimiento de una pensión de invalidez, al existir otro mecanismo judicial para resolver la controversia. Así mismo, señaló que el actor no demostró la existencia de un eventual perjuicio irremediable que torne procedente la acción de amparo.

Con posterioridad, la accionada allegó un segundo escrito en el que se sostiene que el amparo no debe prosperar, por las siguientes razones: (a) el actor no había interpuesto los recursos procedentes contra los actos administrativos atacados, lo que lleva a la improcedencia de la tutela por no cumplirse el requisito de subsidiariedad; (b) el actor no ha

actuado de manera diligente en procura de obtener las pretensiones que ahora son objeto de controversia; (c) no se demostró la existencia de un perjuicio irremediable; (d) no es aplicable el principio de condición más beneficiosa por cuanto la fecha de estructuración de la invalidez se dio con posterioridad al 29 de diciembre de 2006¹⁷ y; (e) la entidad dio a conocer que, en cumplimiento de la sentencia de primera instancia, profirió la resolución SUB-56978 del 6 de marzo de 2019, en la cual reconoció la pensión de invalidez¹⁸.

(iii) En fallo del 22 de marzo de 2019, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali –Sala de Decisión Constitucional– revocó la decisión adoptada en primera instancia, al considerar que en el caso bajo estudio no se cumple el requisito de subsidiariedad, como quiera que el actor puede acudir a la jurisdicción ordinaria para obtener la satisfacción de sus pretensiones. Igualmente. A su juicio, el actor no demostró, siquiera sumariamente, una afectación al mínimo vital ni la condición de desamparo económico a partir de la cual se podría justificar la procedencia del amparo.

III. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política.

2. Procedencia de la acción de amparo

A continuación se procede a verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de amparo contemplados en el artículo 86 de la Carta Política y en el Decreto 2591 de 1991. Es decir, se comprobará si existe legitimación, inmediatez y subsidiariedad y, de encontrar satisfechos estos requisitos, se resolverá la controversia planteada.

(i) Legitimación

El requisito de legitimación por activa se encuentra acreditado, pues es el titular de los derechos presuntamente lesionados quien acude a la acción de amparo, actuando a través de apoderado, como lo permite el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991¹⁹. Por otra parte, la legitimación por pasiva se encuentra satisfecha al ser la accionada una Empresa Industrial y Comercial del Estado, que presuntamente está desconociendo los derechos fundamentales del actor. Por tratarse de una autoridad pública²⁰ que hace parte del Sistema General de Pensiones, encuentra la Sala que se cumple con este requisito.

Así mismo, la inmediatez se encuentra satisfecha en este caso, pues entre la expedición de la resolución que negó la pensión de invalidez -24 de julio de 2018- y el momento en que se interpuso la acción de amparo -16 de enero de 2019- transcurrieron menos de seis meses, tiempo que se estima razonable para interponer la acción de amparo. Así mismo, se observa que en agosto de 2018 Colpensiones profirió otra resolución negando la pensión de invalidez, por lo que se acreditó que durante el transcurso de los meses posteriores a la primera negativa el actor realizó actos tendientes a obtener la prestación buscada.

(iii) Subsidiariedad

Según el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario, que procede cuando el afectado no cuenta con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable²¹. Esto quiere decir que la acción de tutela tiene un carácter residual o subsidiario, por virtud del cual “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”²². El carácter residual se explica por la necesidad de preservar la distribución de competencias establecida en la Constitución Política y la ley a las diferentes autoridades judiciales, con fundamento en los principios de autonomía e independencia de la actividad judicial²³.

Según este tribunal, aunque en principio los conflictos originados en el reconocimiento y pago de las pensiones deben ventilarse en la jurisdicción ordinaria, bajo circunstancias excepcionales en las que el mecanismo alternativo pierde su idoneidad y eficacia, o en los que su agotamiento se traduzca en la inminencia de un perjuicio irremediable, es posible acudir a la tutela como vía principal en el primer caso, o como mecanismo transitorio en el segundo²⁴. En ese sentido, la sentencia SU-556 de 2019²⁵, estableció los lineamientos que el juez constitucional debe valorar al estudiar la subsidiariedad en aquellos casos donde lo pretendido es la obtención de la pensión de invalidez en aplicación de la condición más beneficiosa, en dicha providencia se establecieron cuatro condiciones requeridas para superar este requisito de procedibilidad, a saber: (a) acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez, pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo²⁶; (b) el no reconocimiento de la pensión de invalidez debe afectar directamente la satisfacción de las necesidades básicas del peticionario; (c) valorarse como razonables los argumentos que proponga el actor para justificar su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigente al momento de la estructuración de la invalidez²⁷; y (d) comprobarse una actuación diligente del interesado en solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Por tratarse de un caso análogo, procede esta Sala de Revisión a estudiar los requisitos jurisprudenciales referidos y, de esta manera, determinar si se cumple el requisito de subsidiariedad o no.

Condiciones.

Valoración del caso concreto.

Cumple o no cumple.

Pertenencia a un grupo de especial protección constitucional o la existencia de una situación de riesgo.

El actor cuenta con 70 años de edad²⁸ y sus ingresos son inferiores a un salario mínimo. Esto se desprende de la declaración juramentada allegada y a las pruebas recibidas en primera instancia.

Cumple el requisito.

Afectación directa a la satisfacción de las necesidades básicas del accionante.

El peticionario no labora ni recibe pensión, subsidio o aporte alguno, siendo su único ingreso lo que genera por “cuidar carros”, obteniendo aproximadamente noventa mil pesos mensuales²⁹. Adicionalmente, depende de la ayuda brindada por una persona ajena a su núcleo familiar que, en principio, no tiene obligación alguna con él.

Cumple el requisito.

Justificación sobre la imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigentes al momento de la estructuración de la invalidez.

A pesar de que la fecha de estructuración de la invalidez se dio en el año 2017 se encuentra probado que a partir de 1994, y como consecuencia de los hechos ocurridos, el actor no pudo volver a laborar como taxista. Resulta razonable considerar que, aunque el accionante pudo trabajar de manera informal -como él mismo informó-, entre las consecuencias que se

derivan de los impactos de bala recibidos, estuviese la imposibilidad de continuar cotizando. Pues incluso, aunque no está plenamente acreditado, si se puede inferir que los hechos violentos ocasionaron: (a) pérdida en la agudeza visual en el ojo derecho³⁰; (b) limitaciones para manejar vehículos³¹; (c) pérdida auditiva del lado derecho³²; y (d) lesión del nervio facial del lado derecho³³. Así pues, se encuentra razonable pensar que las secuelas del atentado sufrido dificultaban la obtención de un trabajo formal, pero el actor sí podía laborar de manera informal (cuidando carros o amasando arepas), subsistiendo de esta manera pero imposibilitado para realizar cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Cumple el requisito.

Actuación diligente del accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

El actor fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca en noviembre de 2017 y solicitó el reconocimiento de la pensión en febrero del 2018, demostrando prima facie una actuación diligente.

Por otra parte, se observa que el actor no acudió con anterioridad a la calificación de la pérdida de capacidad laboral debido a que intentó subsistir por sus propios medios hasta que le fue físicamente imposible continuar laborando, incluso en trabajos informales, mal haría esta Corporación en equiparar este actuar con falta de diligencia, pues supondría sancionar la intención de una persona con discapacidad de continuar obteniendo sus ingresos por sí mismo.

Finalmente, la autoridad accionada expone que el actor no interpuso los recursos procedentes contra los actos administrativos que negaron la pensión, si bien esto podría contrariar la requerida diligencia, para la Sala es pertinente que se tenga en cuenta las condiciones particulares del actor, quien cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 65,97%, perdió la visión por el ojo derecho³⁴, tiene un compromiso auditivo, sufre de secuelas crónicas e irreversibles por trauma de bala³⁵, parálisis facial y hernia abdominal³⁶, se trata de una persona de escasos recursos, con un bajo grado de escolaridad³⁷ y que presenta dificultades para realizar procesos de lectoescritura³⁸. Así pues, considera esta corporación que el accionante actuó de manera diligente en el marco de sus capacidades.

Cumple con el requisito.

Con este escenario expuesto, para la Sala de Revisión es claro que existe premura en obtener una resolución del conflicto propuesto, pues el actor no solo se encuentra en una situación de debilidad por su estado de salud y la discapacidad actual, sino que su condición económica es precaria e inestable, pudiendo una circunstancia sobreviniente ocasionar graves afectaciones a su mínimo vital.

En Conclusión, en el caso bajo estudio encontramos que la pretensión del señor Rubiano Toro es obtener el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, aduciendo el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990. Por lo tanto, como quiera que la intención de la tutela es cuestionar las resoluciones SUB194892 del 24 de julio de 2018 y SUB215133 del 14 de agosto del mismo año, la acción de tutela en principio sería improcedente, pues se puede acudir ante la jurisdicción ordinaria para atacar dichos actos administrativos³⁹. Pero, al examinar las condiciones específicas del actor y en aplicación de las reglas fijadas en la sentencia SU-556 de 2019⁴⁰, se encuentra que es necesaria la intervención del juez constitucional, como quiera que los medios ordinarios no resultan lo suficientemente eficaces para garantizar la protección de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital. Por todo lo anterior, la acción de amparo es el mecanismo judicial procedente para examinar la supuesta amenaza o vulneración de las garantías fundamentales invocadas.

3. Problema jurídico y esquema de resolución

A partir de las circunstancias que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de las decisiones adoptadas por los jueces de instancia, este tribunal debe determinar si se

configura una vulneración de los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna del señor Fernando Rubiano Toro al no accederse al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez acorde a lo reglamentado por el Acuerdo 049 de 1990 –aprobado por el Decreto 758 del mismo año–, a pesar de que bajo la vigencia de dicha normatividad se cumplió el periodo mínimo de cotizaciones exigidas, argumentando que al estructurarse la invalidez se encontraba vigente la Ley 860 de 2003, el Decreto 758 de 1990 se encontraba derogado y no le era aplicable la condición más beneficiosa.

Para resolver el problema jurídico planteado, esta corporación desarrollará los siguientes temas: (i) el alcance de la condición más beneficiosa –reiteración jurisprudencial– y (ii) resolución del caso concreto.

4. Condición más beneficiosa –reiteración jurisprudencial–

(i) La condición más beneficiosa en pensión de invalidez es un principio de origen jurisprudencial que opera en materia de seguridad social, según el cual “una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a la condición más beneficiosa prevista en normas anteriores a la vigente al estructurarse una pérdida de 50% o más de capacidad laboral, en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, y en que la reforma de esta última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable”⁴¹.

A su vez, se ha entendido que existe una expectativa legítima cuando el trabajador no ha adquirido el derecho pretendido, diferenciándose por ende de un derecho adquirido⁴², pero existen elementos que permiten pensar, válidamente, que se va a lograr acceder a su goce efectivo⁴³. En estos casos, aun cuando el derecho no se ha conseguido o materializado, existe un deber de proporcionalidad y razonabilidad por parte del legislador para no afectar de manera desmedida la “creencia cierta del administrado de que la regulación que lo ampara en un derecho se seguirá manteniendo vigente en el ordenamiento jurídico”⁴⁴; de lo

contrario se estaría lesionando el principio de confianza legítima. En otras palabras, el principio de condición más beneficiosa busca proteger la creencia genuina de una persona de que, al cumplir ciertos requisitos, podrá acceder a un derecho determinado.

(ii) La jurisprudencia ha reseñado la existencia de tres regímenes diferentes en materia de pensión de invalidez desde la promulgación de la Constitución Política de 1991, los cuales se procede a explicar:

* El Acuerdo 049 de 1990 –proferido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios–, el cual fue aprobado por el Decreto 758 del mismo año proferido por la Presidencia de la República, el cual exigía acreditar la condición de invalidez y tener 150 semanas cotizadas en los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez o 300 semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad a dicho estado.

* El artículo 39 de la Ley 100 de 1993⁴⁵, que exigía 26 semanas de cotización para quien se encontrara cotizando o 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración para quien no se encontrara cotizando.

* La Ley 860 de 2003⁴⁶, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, exigiendo para el reconocimiento de la pensión de invalidez que se coticen 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración.

(iii) Ahora bien, en la sentencia SU-442 de 2016⁴⁷ se abordó el debate sobre la aplicación de regímenes anteriores a la Ley 860 de 2003 para reconocer pensiones de invalidez, causadas durante la vigencia de dicha normatividad. En particular, se estudió si únicamente era posible aplicar el régimen inmediatamente anterior, esto es, el previsto en la redacción

original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, o si era posible aplicar el régimen trasanterior, es decir, el contenido en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

Para resolver dicho debate la Corte se sustentó en el artículo 53 de la carta política según el cual: “la ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” (subraya fuera del texto original), incluyendo dentro de los derechos de los trabajadores el de no sufrir una defraudación injustificada de sus expectativas legítimamente creadas⁴⁸. Al respecto, se señaló que el legislador puede prever un régimen de transición que garantice la satisfacción de aquellas expectativas que se hubiesen creado, contando para ello con un amplio margen de configuración. Sin embargo, la no consagración de dicho régimen no puede devenir en el desconocimiento del derecho. Por consiguiente, quien antes de entrar en vigencia el sistema general de pensiones ya cotizó 300 semanas o más, como lo exigía para entonces el Decreto 758 de 1990, se forjó la expectativa legítima de adquirir su pensión de invalidez, en el evento infortunado del advenimiento del riesgo. Un cambio en esa normatividad estaba entre las competencias del legislador, pero ninguna reforma podía anular dicha expectativa legítima, y por tanto reformas sucesivas tampoco podían hacerlo⁴⁹.

Con estos elementos expuestos, la Corte Constitucional consideró que en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, las expectativas legítimamente contraídas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 restringen la competencia del órgano legislativo para agravar los requisitos ya satisfechos mediante reformas que no contemplen regímenes de transición: “este límite, de raigambre constitucional, es entonces oponible a la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, en su versión original, e incluso por la Ley 860 de 2003”⁵⁰.

(iv) La referida sentencia SU-442 de 2016⁵¹ estudió el caso de un hombre de 72 años de edad, que había cotizado un total de 653 semanas al Sistema de Seguridad Social en

Pensiones, contaba con un dictamen de pérdida de capacidad laboral del 50.21%, con fecha de estructuración de octubre de 2013, y había cotizado 359 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y 46 durante el año anterior a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003. En aquella ocasión Colpensiones había negado el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo el argumento de no cumplirse los requisitos previstos en la Ley 860 de 2003 y no poderse aplicar la figura de condición más beneficiosa por no cumplirse tampoco los requisitos previstos en la redacción original de la Ley 100 de 1993.

Esta Corporación, basada en la argumentación ya expuesta, concluyó que se había lesionado el derecho fundamental a la seguridad social al no aplicar el principio de condición más beneficiosa y no haber tenido en cuenta el cumplimiento de los requisitos consagrados en el Decreto 758 de 1990. Por lo anterior, se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al accionante.

(v) Más recientemente, esta Sala de Revisión se pronunció en la sentencia T-407 de 201852, en la cual se estudiaron dos casos:

* El segundo caso versó sobre una persona diagnosticada con diabetes mellitus, angina crónica inestable y enfermedad coronaria multivazo, entre otras cosas, teniendo un 58.56% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración del 12 de noviembre de 2008. En este caso también se negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

En la sentencia se reiteró que ante la ausencia de régimen de transición en materia de pensiones de invalidez que garantizara un adecuado manejo a las expectativas legítimas, se debería proteger el derecho de los tutelantes a no sufrir cambios drásticos que resulten menos beneficiosos para su seguridad social. Con fundamento en estas consideraciones, se

concedió la protección solicitada en ambos casos, ordenando el reconocimiento y pago de las respectivas pensiones de invalidez.

(vi) Finalmente, es menester tener en cuenta que la Corte Constitucional estudió la aplicación de la condición más beneficiosa en pensiones de invalidez en la ya citada sentencia SU-556 de 2019⁵³, determinando que solo respecto de aquellas personas que superan el test de procedencia resulta proporcionado y razonable aplicar ultractivamente las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 a pesar de que su condición de invalidez se estructuró en vigencia de la Ley 860 de 2003 y, en todo caso, “dado que la condición relevante para efectos del reconocimiento de la prestación por parte del juez constitucional es la situación actual de vulnerabilidad, la sentencia de tutela solo puede tener un efecto declarativo del derecho, de allí que solo sea posible ordenar el pago de mesadas pensionales a partir de la presentación de la acción de tutela; en consecuencia, las demás reclamaciones derivadas de la prestación –tales como retroactivos, intereses e indexaciones– deben ser tramitadas ante el juez ordinario laboral”.

El alcance de la condición más beneficiosa se expuso a través de tres exigencias que se deben comprobar, estas son: (a) la fecha de estructuración; (b) el no contar con las semanas exigidas en la Ley 860 de 2003; y (c) acreditar las semanas exigidas en el Acuerdo 049 de 1990. Si el juez constitucional acredita el cumplimiento de estas exigencias y el accionante supera el test de procedencia es posible conceder en sede de tutela el reconocimiento de la pensión pretendida. Al respecto, las exigencias fueron expuestas de la siguiente manera⁵⁴:

Exigencias

Circunstancias fácticas del accionante

Fecha de estructuración de la invalidez

El tutelante-afiliado al sistema general en pensiones es dictaminado con una pérdida de

capacidad laboral igual o superior al 50% con fecha de estructuración en vigencia de la Ley 860 de 2003.

No se acredita la densidad de semanas que exige la Ley 860 de 2003

El tutelante-afiliado no acredita haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, según se certifique en el dictamen emitido por la autoridad competente, en los términos del artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

Sí se acredita la densidad de semanas que exigía el Acuerdo 049 de 1990

El tutelante-afiliado acredita el número mínimo de semanas cotizadas antes de la fecha de estructuración de la invalidez exigidas por el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990: 150 semanas en los 6 años anteriores a la fecha de estructuración o 300 semanas en cualquier tiempo.

En esta sentencia se determinó que la posibilidad de acudir al acuerdo 049 de 1990 no se desprende de una afectación a las expectativas legítimas, pues al estar supeditado el derecho a un hecho generador incierto -la estructuración de la invalidez- se está hablando entonces de meras expectativas⁵⁵. Sin embargo, aun la mera expectativa es susceptible de protección por parte del juez constitucional cuando su titular es una persona en situación de vulnerabilidad.

5. Caso concreto

(i) El caso bajo estudio versa sobre una persona de 70 años de edad, dictaminado con una pérdida de capacidad laboral del 65.97% con fecha de estructuración del 9 de marzo de 2017 y quien solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, petición a la que se respondió de manera desfavorable por parte de Colpensiones al encontrar que no se

cotizaron 50 semanas dentro de los tres años previos a la estructuración de la invalidez y no serle aplicable la condición más beneficiosa, como quiera que la invalidez no se estructuró entre el 29 de diciembre de 2003 y el 29 de diciembre de 2006⁵⁶.

(ii) Adicionalmente, encuentra la Sala de Revisión que se trata de una persona que en el ejercicio de su labor fue víctima de hechos violentos, ocurridos en 1994⁵⁷, ocasionando un politraumatismo por heridas de bala con secuelas crónicas e irreversibles⁵⁸. Así pues, resulta razonable pensar que, en este caso, la imposibilidad de realizar nuevas cotizaciones se da como consecuencia del atentado sufrido en el año 1994 y, a su vez, se observa que para ese momento se contaba con una expectativa de estar amparado respecto a una posible invalidez, por el hecho de haber cotizado 300 semanas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -a enero de 1994 el actor contaba con más de 450 semanas cotizadas⁵⁹-. En otras palabras, el incidente que modificó por completo el plan de vida del actor y le impidió volver a laborar en su profesión y realizar aportes a seguridad social, se presentó en un momento cercano a la vigencia del Decreto 758 de 1990, sin que el actor hubiese podido laborar de manera formal con posterioridad ni haber, por consiguiente, forjado nuevas expectativas relacionadas con las normas actualmente existentes.

(iii) Por consiguiente, y en aplicación de las reglas jurisprudenciales expuestas en las consideraciones, esta Sala procederá a estudiar las exigencias para la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990, esto como quiera que se superó el test de procedencia.

Exigencia

Caso Concreto

Cumple o no cumple

Fecha de estructuración de la invalidez.

9 de marzo de 2017, esto es, en vigencia de la Ley 860 de 2003.

Cumple.

No se acredita la densidad de semanas que exige la Ley 860 de 2003.

El tuteante no acreditó el número mínimo de semanas cotizadas antes de la fecha de estructuración de la invalidez, exigidas por la Ley 860 de 2003. Acreditó haber cotizado, 3.298 días cotizados entre mayo de 1973 y junio de 1994⁶⁰, que equivalen a 471 semanas. No se encuentran cotizaciones posteriores a 1994.

Cumple.

Sí se acredita la densidad de semanas que exigía el Acuerdo 049 de 1990.

El actor acreditó haber cotizado más de 300 semanas en vigencia del Acuerdo 049 de 1990.

Cumple.

(iv) En este orden de ideas, con fundamento a la argumentación expuesta, al actor se le está lesionando el derecho fundamental a la seguridad social en la medida en que Colpensiones no tuvo en cuenta que previo a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el actor había cumplido con los requisitos pensionales consagrados en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, cumpliendo con el requisito de haber cotizado 300 semanas en cualquier tiempo previo a la fecha de estructuración del riesgo y el accionante contaba con una expectativa de que, en lo pertinente, los requisitos previstos en el Decreto 758 de 1990 le serían respetados.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el 22 de marzo de 2019 por la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que revocó la sentencia del a quo para declarar improcedente la acción de amparo interpuesta por el señor Fernando Rubiano Toro, a través de apoderado, en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones y, en su lugar, CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de enero de 2019 por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Santiago de Cali que concedió la protección a los derechos fundamental al mínimo vital y a la seguridad social.

Segundo.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones que, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, si no lo hubiese hecho, proceda a reconocer, liquidar y pagar la pensión de invalidez a la que tiene derecho el señor Fernando Rubiano Toro.

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRESE las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Acorde a la copia de su cédula nació el 9 de noviembre de 1949, folio 11 del cuaderno principal.

2 Acorde al dictamen de pérdida de capacidad laboral y a la historia clínica los antecedentes de arma de fuego datan de 1994, folios 16 y 28 del cuaderno principal.

3 Folio 16 del cuaderno principal.

4 El dictamen data del 30 de noviembre de 2017.

5 Acorde al concepto de calificación esta fecha “corresponde a valoración por Optometría en la que se establece el estado de vista actual del paciente”, folio 19 del cuaderno principal.

6 Folios 13 y 14 del cuaderno de revisión.

7 Al respecto, el referido acto administrativo señaló que: “el operador de investigaciones administrativas ha requerido a la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ VALLE DEL CAUCA para que remita la información solicitada (haciendo referencia a la validación del dictamen) sin que a la fecha se tenga una respuesta a la petición, de manera que teniendo en cuenta que para acreditar el estado de invalidez del afiliado es imprescindible contar con la validación del dictamen de calificación de invalidez por parte de la entidad emisora”. Folio 14 del cuaderno principal.

8 Ibidem.

9 Folio 20 del cuaderno principal.

10 Por el cual se aprueba el Acuerdo 049 del primero de febrero de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.

11 Folio 4 del cuaderno de revisión.

12 Folio 93 del cuaderno principal.

13 Consulta realizada a través de la página de internet <https://www.adres.gov.co/BDUA/Consulta-Afiliados-BDUA>.

14 Al respecto, la entidad accionada señaló que acorde a los conceptos BZ_2015_2404943 y BZ_2015_3938339 realizados por la Gerente Nacional de Doctrina y dirigido al Gerente Nacional de Reconocimiento y el concepto 2017_12672083 de la Oficina Asesora de Asuntos Legales, la condición más beneficiosa se aplica cuando: “a) que el 29 de diciembre de 2003 el afiliado estuviese cotizando; b) que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo anterior al 29 de diciembre de 2003; c) que la invalidez se produzca entre el 29 de diciembre de 2003 y el 29 de diciembre de 2006 inclusive; d) que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo antes de la invalidez, si para el momento de deceso estaba cotizando, o 26 semanas en el año inmediatamente, si para la fecha de la estructuración de la invalidez no se encontraba cotizando”, folio 57 del cuaderno principal.

16 Al respecto, el juez de primera instancia trajo a colación las sentencias T-407 de 2018 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y SU-442 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

17 Folios 97 a 101 del cuaderno principal.

18 Folios 110 a 114 del cuaderno principal.

19 Artículo 10: “Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos (...)”.

20 Al respecto, el artículo 38 de la Ley 489 de 1998 dispone que: “La Rama Ejecutiva del Poder Público en el orden nacional, está integrada por los siguientes organismos y entidades: (...) 2. Del Sector descentralizado por servicios: (...) b) Las empresas industriales y comerciales del Estado”.

21 Véanse, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-436 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-785 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa, T-799 de 2009; M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-130 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao

Pérez, T-136 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-823 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

22 Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez

23 En la Sentencia T-723 de 2010, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, se resaltó que el mecanismo de la tutela “procede de manera excepcional para el amparo de los derechos fundamentales vulnerados, por cuanto se parte del supuesto de que en un Estado Social de Derecho existen mecanismos judiciales ordinarios para asegurar su protección”. Véanse, entre otras, las Sentencias T-336 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-130 de 2010 y T-136 de 2010.

24 Al respecto, la sentencia T-407 de 2018, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez señaló que: “por regla general, los conflictos relacionados con el reconocimiento y pago de prestaciones sociales deben ser desatados por la jurisdicción ordinaria o por la contencioso administrativa, salvo que se den los eventos antes señalados, es decir, que en el caso concreto dichas vías no sean idóneas, se tornen ineficaces o se configure un perjuicio irremediable”.

25 M.P. Carlos Bernal Pulido.

26 Al respecto, la sentencia SU-556 de 2019, M.P. Carlos Bernal Pulido señaló que: “no puede considerarse suficiente la situación de invalidez del accionante, pues supondría un desplazamiento absoluto de la competencia del juez ordinario por la del juez constitucional, en asuntos relativos al reconocimiento de la pensión de invalidez, si se tiene en cuenta que una condición necesaria para su reconocimiento es la prueba de la invalidez. Por tanto, es razonable la exigencia de acreditar circunstancias adicionales que justifiquen el trato preferente del accionante, en relación con otras personas en igualdad de condiciones”.

27 Respecto a este requisito, la referenciada sentencia SU-556 de 2019 justificó su imposición al considerar que: “[l]a tercera condición del test reconoce la importancia de la autonomía individual para satisfacer por sí mismo las exigencias normativas que se imponen para el reconocimiento de determinadas prestaciones sociales. Por tal razón, solo en caso de que se acredite una situación de razonable imposibilidad de haber cumplido las exigencias normativas impuestas por el ordenamiento jurídico al momento de la estructuración de la invalidez –la cotización al Sistema General de Pensiones de un determinado número de

semanas- es posible que el juez constitucional se pronuncie acerca de un reconocimiento que, en principio, corresponde al juez ordinario”.

28 Nació el 9 de noviembre de 1949”.

29 Al respecto, al consultar la base de datos del ADRES se encuentra que el actor es parte del régimen subsidiado en salud, lo que concuerda con la declaración allegada al juez constitucional.

30 En el folio 47 del cuaderno principal se encuentra la historia clínica del accionante, en la cual se menciona que el actor es un “paciente con secuelas por trauma referido por bala, secuelas que son crónicas, irreversibles. Se certifica que lo anterior limita al paciente para manejar vehículo”.

31 Folio 22 del cuaderno principal

32 Folio 16 del cuaderno principal.

33 Folio 16 del cuaderno principal.

34 Folio 26 del cuaderno principal.

35 Folio 22 del cuaderno principal.

36 Folios 16 a 19 del cuaderno principal.

37 Acorde al dictamen de pérdida de capacidad laboral, el accionante cursó hasta quinto grado de primaria (folio 17 del cuaderno principal).

38 Ibídem

39 El numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social señala la competencia general de la jurisdicción ordinaria laboral y de seguridad social: “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”.

40 M.P. Carlos Bernal Pulido.

41 Sentencia SU-442 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

42 La jurisprudencia constitucional ha definido un derecho adquirido como aquella situación jurídica individual que han sido definida y se consolidó en vigencia de una norma y, en virtud de tal acontecimiento, se entiende que hace parte del patrimonio de una persona, al respecto se puede ver la sentencia T-892 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

43 Al respecto, ver la sentencia T-237 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez

44 Sentencia C-789 de 2002, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

45 Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones.

46 Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.

47 M.P. María Victoria Calle Correa.

48 Sentencia SU-442 de 2016, M.P. María Victoria Calle Correa.

50 Ibídem.

51 M.P. María Victoria Calle Correa.

52 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

53 M.P. Carlos Bernal Pulido.

54 La siguiente tabla se puede observar en el cuarto acápite de las consideraciones realizadas en la Sentencia SU-556 de 2019.

55 Al respecto, la sentencia SU-556 de 2019 señaló que: “tampoco pueden considerarse como expectativas legítimas aquellas que, como en el caso de la pensión de invalidez, están sujetas a la consolidación del hecho generador del derecho por parte del beneficiario –la estructuración de la invalidez–. Esto quiere decir que las expectativas para acceder a la pensión de invalidez, con fundamento en la densidad de semanas de cotización exigidas por

el Acuerdo 049 de 1990, deben tenerse por meras expectativas y no como expectativas legítimas”.

56 Folio 82 del cuaderno principal.

57 Al respecto, es importante tener en cuenta que el artículo 151 de la ley 100 señala que: “El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma”. Así pues, al momento del accidente –agosto de 1994– ya había entrado en vigencia la redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y el actor alcanzó a realizar algunas cotizaciones bajo la nueva normativa.

58 Folio 47 del cuaderno de revisión.

59 Al revisar la historia laboral expuesta en la resolución SUB215133 del 14 de agosto de 2018, proferida por Colpensiones, se observa que se hay un total 3298 días cotizados, de los cuales solo 42 fueron cotizados con posterioridad a abril de 1994. Es decir, el actor contaba con 3256 días cotizados siendo eso un aproximado de 465 semanas.

60 Ibidem.

61 Al respecto, se deja constancia de que entre el fallo de primera instancia y la sentencia de la Sala de Decisión Constitucional del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali se profirió por parte de Colpensiones un acto administrativo que, en cumplimiento de la orden judicial dada, reconoció el pago tanto de la mesada pensional como del retroactivo, sin que obren en el expediente pruebas que den certeza de si hubo algún pago efectivamente realizado y bajo que concepto. Por lo anterior, se deja la salvedad que la presente sentencia de manera alguna puede llevar a que la entidad accionada otorgue dos veces el pago de un mismo rubro.