

Sentencia T-191/15

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES EN MATERIA PENSIONAL-Procedencia excepcional

La Corte ha señalado que la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de dichas prestaciones pensionales opera siempre que se afecte de manera clara y evidente un derecho fundamental y la vía ordinaria no tenga la potencialidad de asegurar el goce de la garantía presuntamente conculcada. Y del mismo modo, ha reseñado algunos criterios que permitirían al juez de tutela analizar las circunstancias de mayor o menor afectación en cada caso; así por ejemplo; “(i) la edad y el estado de salud del demandante; (ii) el número de personas a su cargo; (iii) su situación económica y la existencia de otros medios de subsistencia; (iv) la carga de la argumentación o de la prueba en la cual se sustenta la presunta afectación al derecho fundamental; (v) el agotamiento de los recursos administrativos disponibles; entre otros”.

DERECHO A LA PENSION ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Regulación en la Ley 797 de 2003

Frente a la pensión especial de vejez por hija o hijo en situación de discapacidad, introducida por la ley 797 de 2003, prescribió que este era un beneficio de la madre [o el padre] trabajador cuyo hija o hijo se encontrara en tal situación, debidamente calificada y se conservaba hasta tanto permaneciera en este estado y continuara como dependiente del progenitor. Que el mismo podría recibirse a cualquier edad, “siempre que se [hubiere] cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez.” Igualmente se estableció que esta pensión “(...) se suspende[ría] si el progenitor trabajador se reincorpora[ba] a la fuerza laboral.”

DERECHO A LA PENSION ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO EN SITUACION DE DISCAPACIDAD-Requisitos

Este Tribunal ha identificado los presupuestos que deben completarse para que esta

prestación sea otorgada: (i) que la madre o padre de familia de cuyo cuidado dependa el hijo discapacitado (menor o adulto), haya cotizado al sistema general de pensiones el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez (régimen general o especiales en virtud del beneficio transicional, como se verá en el capítulo siguiente); (ii) que la discapacidad mental o física del hijo haya sido debidamente calificada; (iii) la discapacidad física o mental que afecte al hijo o hija debe ser de tal entidad que le impida valerse por sí mismo, es decir que no le permita subsistir dignamente en forma autónoma; (iv) la dependencia de la persona inválida con respecto a su madre o padre, debe ser de tipo económico, no siendo suficiente la sola necesidad afectiva o psicológica de contar con la presencia, cariño y acompañamiento de la madre o el padre y; (v) el beneficio económico no puede ser susceptible de reclamación cuando el hijo dependiente padezca una discapacidad que le permita obtener los medios económicos requeridos para su subsistencia o cuando “tenga bienes o rentas propios para mantenerse”.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO Y A LA SEGURIDAD SOCIAL-Orden a Colpensiones reconocer pensión especial de vejez por hija o hijo en condición de discapacidad

Referencia: Expediente T-4.610.877.

Acción de tutela instaurada por Uber de Jesús Benítez Montoya contra la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones- y como vinculado la Empresa “Representaciones J.O.”

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de abril de dos mil quince (2015).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Armenia- Quindío- el 2 de julio de 2014, y en segunda instancia, por la Sala Civil- Familia del Tribunal Superior del mismo Distrito Judicial el 4 de agosto del mismo año, dentro de la acción de tutela promovida por Uber de Jesús Benítez Montoya contra la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES-[1] y como vinculado la Empresa “Representaciones J.O”.[2]

I. ANTECEDENTES

El 17 de junio de 2014, el señor Uber de Jesús Benítez Montoya, presentó acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES- por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, al no habersele reconocido la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad contemplada por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993,[3] con fundamento en que no acreditaba el número de semanas exigido por el régimen de prima media con prestación definida.

1.1. Hechos relevantes

a) El accionante, de 62 años,[4] es padre de Liliana María Benítez[5] y Jhon Jairo Benítez,[6] ambos mayores de edad con 37 y 33 años, respectivamente.

b) El 27 de julio de 2007, tanto Liliana María como Jhon Jairo fueron evaluados por Medicina Laboral del Instituto de Seguros Sociales, oportunidad en la que se señaló que ambos padecían Síndrome de Morquio y habían nacido con dificultades en su desarrollo psicomotor, principalmente para sostener la cabeza. Por este motivo, fueron calificados con unos porcentajes de pérdida de capacidad laboral equivalentes a 61.25% en el caso de la primera y 80.45% en el caso del segundo. Asimismo, se indicó que la fecha de estructuración de la invalidez coincidía con el día de su nacimiento.[7]

c) El 28 de febrero de 2008, el accionante elevó un derecho de petición del ISS con el fin de lograr el reconocimiento de la pensión especial de vejez; sin embargo, mediante Resolución del 5 de enero de 2009, [8] la solicitud fue negada como quiera que solo acreditaba un total de 783 semanas cotizadas a dicho Instituto, por lo que no cumplía con los requisitos mínimos exigidos para acceder a la pensión de vejez solicitada.[9]

d) El 23 de agosto de 2013, nuevamente el accionante presenta derecho de petición, esta vez a Colpensiones, para obtener el reconocimiento de la pensión especial de vejez. A pesar de contar con 1.016 semanas para la fecha, mediante Resolución del 26 de noviembre del mismo año notificada el 20 de enero de 2014, la aseguradora en pensiones nuevamente niega la prestación por ausencia del número mínimo de semanas requeridas para tal fin.[10]

e) Habiendo presentado oportunamente recurso de apelación contra dicha decisión,[11] mediante Resolución notificada el 26 de mayo de 2014, Colpensiones confirmó la negativa del reconocimiento pensional. De un lado, analizó la situación del accionante de conformidad con los requisitos de la pensión especial de vejez solicitada, llegando a la conclusión de que a 2014 eran necesarias 1275 semanas según el régimen de prima media con prestación definida, por lo que descartó esta posibilidad, pues el señor Benítez Montoya solo contaba con 1050 semanas cotizadas. Por otro lado, estudiando la posibilidad de una pensión de vejez mediante el beneficio de la transición, la aseguradora argumentó que el accionante no había logrado conservar dicho beneficio, puesto que, si bien al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993[12] contaba con más 40 años, no había cumplido con el requisito del Acto Legislativo 01 de 2005, esto es, haber cotizado 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios al momento de la entrada en vigencia del mencionado acto.[13] Si ello hubiera sucedido, señala, hubiese logrado extender el beneficio de la transición más allá del 31 de julio de 2010, hasta 2014 inclusive.[14]

f) De acuerdo con la historia laboral del accionante obrante en el expediente,[15] el mismo cuenta con 1.054,59 semanas cotizadas a Colpensiones (antiguamente el ISS).

g) De acuerdo con testimonios de personas cercanas y con la misma declaración del petionario, sus hijos no pueden valerse por sí mismos y dependen económicamente de él, motivo por el que, ahora que se encuentra cesante, se ha visto en serias dificultades para ocuparse de todos sus cuidados y necesidades básicas.[16]

1.2. Solicitud

De acuerdo con los hechos anteriores, el petionario solicita al juez constitucional ordenar a Colpensiones que, de conformidad con la aplicación del principio de favorabilidad y en virtud de las soluciones adoptadas en las sentencias T-176 de 2010 y T-563 de 2011,

reconozca en su favor la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad exigiéndole únicamente las semanas que debe acreditar según el Acuerdo 049 de 1990, esto es, 1000.

1.3. Contestación de la accionada

1.3.1. Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones-.

Admitida la demanda, mediante auto del junio de 2014, la entidad accionada guardó silencio.

1.4. Decisiones objeto de Revisión

1.4.1. Sentencia de primera instancia

Mediante sentencia del 2 de julio de 2014, el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Armenia- Quindío- resolvió negar el amparo de los derechos al mínimo vital y a la seguridad social del accionante, puesto que, si bien la acción era procedente en razón de la condición especial de aquél y de sus hijos, el señor Benítez Montoya no había logrado conservar el régimen de transición hasta el año 2014, en tanto al momento de la vigencia del acto legislativo 01 de 2005 tan solo contaba con 600 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones y por lo tanto, no podía acceder a la pensión solicitada con el requisito de las 1000 semanas contemplado por el Acuerdo 049 de 1990. En ese sentido, advirtió que al actor le correspondía seguir aportando al Sistema hasta lograr el número mínimo de semanas para 2014 exigido por el régimen general de la Ley 100 de 1993, esto es, 1275.[17]

1.4.2. Impugnación

En la oportunidad procesal,[18] el accionante presentó impugnación contra la decisión de primera instancia, argumentando que el juez no había considerado su condición ni la de sus hijos como sujetos de especial protección constitucional e igualmente había desconocido el precedente de esta Corporación en materia de favorabilidad, con relación al estudio de los presupuestos para el otorgamiento de la pensión especial de vejez solicitada.[19]

1.4.3. Sentencia de segunda instancia

El 4 de agosto de 2014, la Sala Civil- Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia- Quindío- confirmó la decisión de primera instancia, como quiera que para el asunto que proponía el peticionario, el legislador había dispuesto una vía procesal ordinaria que aún no había sido agotada por el señor Benítez Montoya encontrándose en la posibilidad de hacerlo, en tanto no se observaba un impedimento socio-económico para ello y en ese mismo sentido, tampoco se advertía la configuración de un perjuicio irremediable que hiciera procedente un amparo transitorio.[20]

2. Actuaciones surtidas en sede de Revisión

2.1.1. En primer lugar, dado que en el trámite de esta acción no se había vinculado a la empresa “Representaciones J.O.” pese a que, en calidad de ex empleador del peticionario, su intervención procesal resultaba relevante, en tanto existían a su nombre unos periodos pensionales en deuda y eventualmente podría resultar involucrado en un procedimiento de cobro coactivo, por Secretaría General de esta Corporación se procedió para el efecto mediante auto del 10 de abril de 2015.

2.1.2. Asimismo, con el objetivo de esclarecer la situación económica y familiar del accionante, así como la de sus hijos, en la misma providencia del 10 de abril, el despacho del magistrado sustanciador solicitó al peticionario información sobre la composición de su núcleo familiar, sus fuentes de ingreso, gastos mensuales y la existencia de propiedades o bienes a su nombre. Igualmente, se le consultó sobre la forma en que se ocupaba del cuidado de sus hijos, sobre el acompañamiento de la madre de los mismos a su proceso y las razones por las que dejó de trabajar y cotizar al Sistema.[21]

2.2.1 Vencido el término probatorio, mediante respuesta enviada por el señor Benítez Montoya y radicada en la Secretaría General de esta Corporación el 14 de abril de 2015, el accionante manifestó que su núcleo familiar está compuesto únicamente por él y sus dos hijos en condición de discapacidad. Asimismo, indicó que no recibe ayuda de ningún familiar, tampoco tiene pensiones ni recibe rentas por inmuebles, cuotas alimentarias o donaciones. Señaló que tampoco es asalariado, puesto que “no labor[a] con ningún empleador (...)”, y su “(...) única fuente de ingresos es la obtenida de las labores que [ejerce] como reciclador en horas de la mañana, donde obtiene aproximadamente \$ 500.000 mensuales, porque el resto del día y de la noche [se] dedi[ca] al cuidado de [sus]

hijos discapacitados(...)”. Señaló que sus “(...) hijos no laboran debido a su incapacidad” y que de su actividad como “(...) reciclador, [es de la única forma] que [obtiene] los recursos para la subsistencia de [ellos]”

2.2.1.1. Asimismo, indicó que sus “(...) gastos mensuales y [los de] sus hijos (...) asciende (sic) a la suma de \$ 450.000 mensuales o que en ocasiones [se] gasta en su totalidad los \$ 500.000, (...) [los cuales] se destinan exclusivamente para la alimentación, el vestuario, [y] pago de servicios públicos.” En este sentido, aportó las facturas de los servicios de gas natural, energía eléctrica y acueducto correspondientes a los meses de enero y febrero de 2015, las cuales ascienden en su conjunto a \$70.000 mensuales aproximadamente. Agregó que no paga arrendamiento, pues tienen “(...) una casita propia de estrato socioeconómico 1 (...), [ni gasta] dinero en transporte porque a [sus] hijos los traslada en silla de ruedas y en cuanto a la salud está afiliado al Régimen Subsidiado.”

En efecto, esta Sala pudo comprobar, a través del Sistema Integral de Información de la Protección Social, que el accionante fue beneficiario de un subsidio de vivienda de interés social el 8 de junio de 2010 y que, tanto él como sus hijos, se encuentran afiliados a CafeSalud EPS, a través del régimen subsidiado, desde el 11 de abril de 2011 y el 1 de abril de 2010, respectivamente.[22]

2.2.1.2. Por otra parte, el peticionario señaló que “(...) 5 años hacía atrás, [se] dedicaba a vender ropa, pero [quebró] debido a los créditos que otorgaba a [sus]clientes porque no [le] cancelaban y a los excesivos gastos que ocasiona el cuidado de dos hijos [en situación de discapacidad]”. Añadió que, luego de “quebrar”, intentó buscar trabajo pero que “(...) por la edad ya no [le] dieron, y [le] tocó dedicar[se] a reciclar en las calles del corregimiento donde [habita].” Igualmente, indicó que por la misma época, hace 5 años, se separó de la señora María Flor Uran Montoya, madre de sus hijos y que desde entonces la misma no convive con ellos ni conocen a qué se dedica, motivo por el que no los cuida ni se ocupa de sus necesidades económicas.

2.2.1.3. Finalmente, el peticionario afirma que “(...) [cotiza] a pensión por medio del Consorcio Prosperar hoy Consorcio Colombia Mayor”, dado que no cuenta con los recursos suficientes para efectuar los aportes pensionales por sí mismo. En efecto, esta Sala observa que, de conformidad con la historia laboral expedida por Colpensiones el 4 de junio de

2014 y con la información obrante en el Sistema Integral de Información de la Protección Social, el señor Benítez Montoya desde el año 2001 es beneficiario del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión, el cual consiste en un aporte estatal destinado a grupos poblacionales que por sus características y condiciones, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social.[23]

2.2.1.4. Con relación a su historial laboral y pensional, el accionante aportó un reporte de semanas cotizadas expedido por el ISS el 12 de septiembre de 2006, en el que consta que el señor Benítez Montoya, además de los empleadores que aparecen en la historia laboral aportada con el escrito de tutela (supra 1.1. f)), estuvo vinculado a la Empresa CONCONCRETO LTDA desde el 12-05-1976 hasta el 1-11-1977, periodo durante el cual el empleador afilió al accionante al Instituto y frente al cual aparecen cotizados efectivamente 529 días, esto es, 75.57 semanas.[24]

2.2.1.5. Antes de vencerse el término probatorio, el 17 de abril de 2015, el peticionario envió una fotografía de su hijo en silla de ruedas y la historia clínica de su hija en la que consta que fue intervenida quirúrgicamente por un tumor maligno en uno de sus párpados en el mes de marzo del presente año y que debe ser sometida a cirugía nuevamente, con el fin de adelantarle la “división de simblefaron sod [en] ojo izquierdo.” Asimismo, el demandante afirmó en un escrito que acompañaba los anteriores documentos: “(...) mis hijos discapacitados requieren de mi presencia a su lado en todo momento, para poder velar y estar pendiente de ellos, en su alimentación, cuidado, manejo, poderlos llevar al médico y brindarles compañía, todo para darles una mejor calidad de vida, lo que se me imposibilita cuando tengo que salir a reciclar para buscar el sustento diario.”[25]

II. CONSIDERACIONES y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro del expediente de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política.

2. Planteamiento del caso, problema jurídico y esquema de resolución.

2.1. En el asunto sometido a revisión, el señor Uber de Jesús Benítez Montoya, de 62 años, presentó acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES-, al considerar que la negativa de la entidad a reconocerle la pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad vulneraba sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, como quiera que, a su juicio, la aseguradora había desconocido la aplicación del principio de favorabilidad y la tesis adoptada en sentencias como la T-176 de 2010 y la T-563 de 2011, que permitían el acceso a tal prestación también con el cumplimiento del número de semanas exigido por los regímenes especiales anteriores a la Ley 100 de 1993, siempre que se fuera beneficiario de la transición.

La entidad demandada, de acuerdo con el último acto administrativo que negó la pensión solicitada notificado el 26 de mayo de 2014, sostuvo que el peticionario había perdido el beneficio de la transición, como quiera que al momento de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 no contaba con 750 semanas cotizadas, motivo por el que, en su caso, aquél no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010 y, en consecuencia, en la actualidad no podía reconocérsele la pensión solicitada con fundamento en dicho beneficio. Por el contrario, se le advirtió que su única alternativa, si quería obtener la pensión especial de vejez, era cotizar un total de 1.275 semanas al Sistema para el año 2014, dado que ese era el requisito mínimo exigido por el régimen de prima media con prestación definida según el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Mientras el juez de primera instancia determinó que la acción era procedente en consideración a la situación socio-económica y familiar del accionante pero el derecho pensional inexistente con fundamento en la razones presentadas por Colpensiones, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, como juez de la impugnación, consideró la acción improcedente por tratarse, a su juicio, de una discusión que esencialmente correspondía resolver a la justicia ordinaria.

Por otra parte, de acuerdo con la información allegada en sede de revisión por el accionante, esta Sala conoció que su núcleo familiar está compuesto por él y sus hijos, se desempeña en actividades de reciclaje, es beneficiario del Programa de Subsidio al Aporte en Pensión y los tres pertenecen al régimen subsidiado en Salud. Asimismo, residen en una vivienda propia de interés social ubicada en un estrato socio-económico 1.

Finalmente, esta Sala también tuvo conocimiento de que, además de lo reportado en la historia laboral del 4 de junio de 2014 anexada al escrito de tutela, el accionante estuvo vinculado a la Empresa CONCRETO LTDA. desde el 12-05-1976 hasta el 1-11-1977, periodo durante el cual dicho empleador lo afilió al ISS y se realizaron cotizaciones efectivas por 529 días, esto es, 75.57 semanas.

2.2. En consideración a los antecedentes reseñados, esta Sala debe establecer si, (i) considerando los aportes realizados por CONCRETO LTDA, el accionante conservó el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014 o solo hasta el 29 de julio de 2005 y; (ii) mediante los actos administrativos que negaron la pensión especial de vejez al accionante contemplada por el artículo 33 de la ley 100 de 1993 – parágrafo 4 inciso 2-, Colpensiones vulneró sus derechos a la seguridad social y al debido proceso, en tanto desconoció con tales decisiones la aplicación del beneficio de la transición y, en consecuencia, las normas del régimen especial al que estaba afiliado para obtener la pensión especial de vejez señalada, aun cuando a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 sí acreditaba las 750 semanas para lograr que el beneficio de la transición se extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014.

2.3. Para solucionar el problema jurídico planteado, la Corte abordará brevemente los siguientes temas: (i) Naturaleza y características de la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad contemplada por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993- parágrafo 4 inciso 2- y; (ii) la posibilidad que tienen los beneficiarios de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 de obtener la pensión especial de vejez con las semanas exigidas en sus regímenes especiales en virtud de una interpretación sistemática de la misma y del principio de favorabilidad en sentido amplio o in dubio pro operario; para finalmente, (iii) resolver el caso concreto.

2.4. Previo al análisis de fondo, esta Sala deberá abordar los presupuestos de subsidiariedad e inmediatez en relación con la procedencia de la acción.

3. Asuntos previos. Procedencia de la acción de tutela.

3.1. La acción cumple con el presupuesto de subsidiariedad respecto de los medios ordinarios de defensa judicial en materia pensional y contencioso administrativa.

3.1.1. Considerando que el interés del señor Benítez Montoya está encaminado a lograr el reconocimiento pensional resuelto negativamente por Colpensiones el pasado 26 de mayo de 2014, mediante la Resolución VPB 7451 que confirmó la GNR 321390 del 26 de noviembre de 2013, el estudio sobre la subsidiariedad debe centrarse en los mecanismos ordinarios disponibles para controvertir tales decisiones, desde su materialidad y factor orgánico.

3.1.2. Los artículos 86 de la Carta y 6 del Decreto 2591 de 1991, establecen el carácter subsidiario de la acción de tutela, que tal como lo ha expresado esta Colegiatura, puede ser empleada ante la vulneración o amenaza de derechos fundamentales bajo las siguientes condiciones: i) Que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado, ii) Que aun existiendo otras acciones, estas no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho, o, iii) Que siendo estas acciones judiciales un remedio integral, resulte necesaria la intervención transitoria del juez de tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

A partir de allí, la Corte ha objetado la valoración genérica del medio de defensa ordinario, pues ha considerado que en abstracto cualquier mecanismo judicial puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales de los ciudadanos. Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria solo puede predicarse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar plena y además inmediata protección a los derechos específicos involucrados en cada asunto.[26]

3.1.3. Ahora bien, en relación con la procedencia de la acción de tutela respecto de conflictos relativos a la seguridad social entre los distintos actores del Sistema, el legislador ha dispuesto las vías correspondientes para el trámite de los mismos que, en virtud de la cláusula de competencia general, corresponden en principio a los jueces ordinarios en sus especialidades laboral y de la seguridad social.[27] Igualmente, por tratarse de actos administrativos y en virtud del fuero de atracción, la jurisdicción contencioso administrativa podría eventualmente ocuparse de su nulidad y del restablecimiento de los derechos involucrados.[28] Sin embargo, en casos excepcionales, también se ha aclarado que el

reconocimiento y pago de prestaciones derivadas de la seguridad social, como las pensiones y afines, puede concederse mediante amparo constitucional, si, como fue descrito, a pesar de la existencia de mecanismos judiciales ordinarios, éstos resultan ineficaces o no idóneos para la protección concreta de los derechos o se configura un perjuicio irremediable para quien acciona[29].

3.1.3.1. Adicionalmente, la Corte ha señalado que la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de dichas prestaciones pensionales opera siempre que se afecte de manera clara y evidente un derecho fundamental y la vía ordinaria no tenga la potencialidad de asegurar el goce de la garantía presuntamente conculcada. Y del mismo modo, ha reseñado algunos criterios que permitirían al juez de tutela analizar las circunstancias de mayor o menor afectación en cada caso; así por ejemplo; “(i) la edad y el estado de salud del demandante; (ii) el número de personas a su cargo; (iii) su situación económica y la existencia de otros medios de subsistencia; (iv) la carga de la argumentación o de la prueba en la cual se sustenta la presunta afectación al derecho fundamental; (v) el agotamiento de los recursos administrativos disponibles; entre otros”. [30]

3.1.4. En efecto, para el análisis del caso concreto, el artículo 2 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, otorga a dicha jurisdicción el conocimiento de las controversias que se generen con motivo de la prestación de los servicios de la seguridad social entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras.[31] Precisamente, el capítulo XIV ibídem, contempla el procedimiento ordinario para discutir tales asuntos. En igual sentido, podría ocuparse la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo si la discusión del derecho pensional dimana de un acto administrativo, según el artículo 138 del Estatuto que les rige.[32]

3.1.4.1. En tal sentido, la controversia surgida con motivo del reconocimiento de la pensión especial de vejez es, por un lado, un asunto propio de competencia de los jueces laborales y de la seguridad social, y; por otro, tal como se explicó, un asunto susceptible de ser conocido por los jueces contenciosos administrativos, por lo que, en principio, el señor Benítez Montoya tendría a su disposición, además de una acción ordinaria laboral, una de nulidad y restablecimiento del derecho contra Colpensiones.

3.1.4.2. En ese orden, concluiría la Sala que el accionante sí cuenta con los mecanismos ordinarios de naturaleza judicial para reclamar lo que hoy se pretende revisar en sede de tutela. Sin embargo, de conformidad con las circunstancias del caso no puede afirmarse que dichas acciones se traten de un medio idóneo y eficaz para asegurar la protección urgente e inaplazable de los derechos fundamentales invocados. En efecto, la difícil situación económica por la que atraviesa el peticionario en conjunto con su contexto familiar, en el que sus hijos declarados inválidos dependen enteramente de él y a su edad logra incorporarse al mercado laboral, tipifican la condición del accionante como una de aquellas que impiden que acuda en condiciones de normal espera a la jurisdicción ordinaria.

Visto así, no se trata en este caso de un debate en torno a la estricta idoneidad del medio judicial principal, pues las acciones ordinarias en el asunto estudiado, tendría la aptitud para proteger los derechos alegados y podrían asegurar los mismos efectos que se lograrían con la tutela. El punto que cobra importancia, y del que se deriva la procedibilidad definitiva de esta acción constitucional frente a otros medios de defensa, es precisamente que las acciones judiciales principales no serían lo suficientemente expeditas frente a la situación particular del accionante. Considerando su compleja condición económica, en tanto no trabaja ni reporta ingresos, bienes o rentas propias y además, a sus 62 años, no son sus hijos quienes velan por su bienestar sino que es él quien debe cuidar de ellos debido a su estado de invalidez que impide que trabajen o reporten ayudas económicas, la Sala considera que el accionante requiere una respuesta inmediata del aparato judicial. Máxime cuando se observa que el peticionario desde 2008 está solicitando la pensión, se ha comportado diligentemente y ha procurado agotar la mayor cantidad de recursos administrativos a su alcance, así como que se ha esforzado durante estos últimos años, a través de su oficio de reciclador, para seguir cotizando e ir buscando alternativas, como el programa de aportes subsidiados, para obtener el cumplimiento de los requisitos mínimos pensionales.

3.1.5. Considerando que la situación y el comportamiento del peticionario se han adecuado a las pautas de procedencia específicas para los casos de derechos pensionales señalados en el numeral 3.1.3.1., esta Sala advierte que el juicio de subsidiariedad se encuentra aprobado.

3.2. La presentación de la demanda de tutela satisface el requisito de inmediatez de

acuerdo con el último proceder del ISS al cual se le atribuye una presunta vulneración.

3.2.1. Sobre este asunto preliminar, la Sala debe responder si el accionante cumplió con el requisito de inmediatez en la interposición de la acción, frente al momento en que fue notificado de la última Resolución de Colpensiones mediante la cual se negó el reconocimiento pensional.

3.2.2. Conforme a la jurisprudencia de esta Corporación, con el denominado requisito de inmediatez se hace referencia a la carga que tienen los accionantes de interponer la tutela dentro de un plazo razonable y proporcionado a partir del evento generador de la supuesta amenaza o vulneración a sus derechos fundamentales, so pena de que se determine su improcedencia.[33]

Según la jurisprudencia constitucional, a partir de una interpretación del artículo 86 Superior[34], la acción de tutela puede ser presentada “en todo momento”, y está libre de mandatos que involucren un término de caducidad. De allí que la ausencia de este plazo implique que el juez no pueda simplemente rechazarla en la etapa de admisión con fundamento en el paso del tiempo.

Sin embargo, la ausencia de un término de caducidad no significa que la acción no deba interponerse en una plazo razonable desde la amenaza o vulneración,[35] pues de acuerdo con la misma disposición constitucional, es un mecanismo para reclamar “la protección inmediata” de garantías fundamentales.

Precisamente, la finalidad de la tutela como vía judicial de protección expedita de derechos fundamentales, demanda del juez constitucional la verificación del tiempo transcurrido entre el hecho generador de la solicitud y la petición de amparo, pues un lapso irrazonable puede llegar a revelar que la protección que se reclama no se requiere con prontitud, y por tal virtud, alterar el carácter preferente y sumario por el que está revestida la acción.

3.2.3. De conformidad con las pruebas obrantes en el plenario, si la presunta vulneración se atribuye a la Resolución VPB 7451 notificada el 26 de mayo de 2014, mediante la cual se confirmó la GNR 321390 del 26 de noviembre de 2013, y la acción de tutela fue presentada el 17 de junio de 2014, esta Sala encuentra que entre dichos momentos existe un término proporcionado y razonable, por cuanto ni siquiera hay un mes de diferencia, tiempo que

representa una diligencia sobresaliente para acudir a la justicia constitucional, considerando que el peticionario ha de aprovisionarse probatoria y jurídicamente.

3.2.4. Aprobado el juicio de inmediatez, este Tribunal procede a desarrollar las consideraciones generales para el estudio de fondo.

4. Naturaleza y características de la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad contemplada por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 – parágrafo 4 inciso 2-.

4.1. La seguridad social, reconocida internacionalmente[36] y consagrada expresamente en el artículo 48 de la Constitución Política, ha sido singularizada por la misma Carta y entendida por esta Corporación bajo una doble configuración jurídica, como derecho irrenunciable que debe garantizarse a todos los habitantes del territorio nacional, y como servicio público de carácter obligatorio y esencial a cargo del Estado, que debe prestarse bajo su dirección, coordinación y control, y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.[37]

Acorde con lo dispuesto por el citado artículo, la jurisprudencia de esta Corte ha determinado que el derecho fundamental a la seguridad social se encuentra definido como aquel “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”[38].

4.1.2. Y con el propósito de materializar ese conjunto de medidas a cargo del Estado, como administrador directo o regulador en otros, en ejercicio de la competencia atribuida por el mismo artículo 48 al legislador, el Congreso expidió la Ley 100 de 1993, con el objetivo principal de atender de manera eficiente y oportuna las contingencias a que puedan estar expuestas las personas por una eventual afectación de su estado de salud -física o mental- o de su capacidad económica.

4.1.2.1. En ese sentido, como servicio público, el sistema de seguridad social creado por el legislador de 1993 y estructurado bajo una plataforma de componentes[39], ha sido desarrollado para salvaguardar la dignidad humana y la integridad física o moral contra

toda clase de adversidades que quebranten el desenvolvimiento regular de la vida individual, familiar y laboral, por cuanto la misión del Estado, como responsable de velar por la garantía de este derecho, es prevenir y combatir las calamidades que, por causa de la vejez, el desempleo, las cargas familiares o una enfermedad o incapacidad, generen desventajas a diversos sectores, grupos o personas de la colectividad, prestándoles asistencia y protección.

4.2. La institución de dicha tarea encuentra además soporte en los artículos 13 y 47 de la Constitución Política, que le imponen al Estado la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que por sus condiciones económicas, físicas o mentales, se hallan en situación de manifiesta vulnerabilidad, con miras a hacer efectivo el postulado de justicia distributiva y el principio de igualdad material como agente de garantía general y particular para hacer efectivos los derechos fundamentales de los asociados[40].

4.2.1. Justamente, en la realización de este fin, además de la pensión ordinaria de vejez (art. 33.1), el legislador contempló la pensión especial anticipada de vejez de persona inválida (art. 33. par. 4. inc. 1) y la pensión especial de madre o padre de hijo o hija en situación en discapacidad (art. 33. par. 4. inc. 2).

Estas dos últimas prestaciones tienen como propósito fundamental proteger de manera prioritaria a personas con dificultades físicas y sensoriales o grupos poblacionales vulnerables, exonerando al afiliado del cumplimiento del requisito de la edad contemplado como presupuesto esencial del régimen pensional colombiano. En otras palabras, autoriza el disfrute de la prestación pensional de vejez una vez se ha acreditado un determinado número de semanas aportadas, independientemente de la edad que tenga el beneficiario.

4.2.1.1. Ahora, particularmente frente a la pensión especial de vejez por hija o hijo en situación de discapacidad, introducida por la ley 797 de 2003, modificatoria del artículo 33 de la ley 100 de 1993, el artículo 33 en su parágrafo 4 inciso 2 prescribió que este era un beneficio de la madre [o el padre][41] trabajador cuyo hija o hijo[42] se encontrara en tal situación, debidamente calificada y se conservaba hasta tanto permaneciera en este estado y continuara como dependiente del progenitor. Que el mismo podría recibirse a cualquier edad, “siempre que se [hubiere] cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el

mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez.” Igualmente se estableció que esta pensión “(...) se suspende[ría] si el progenitor trabajador se reincorpora[ba] a la fuerza laboral.”

Sobre su propósito, esta Corporación se ha pronunciado en diversas oportunidades, resaltando que la pensión especial de vejez procura “facilitarle a las madres [y padres] el tiempo y el dinero necesarios para atender a aquellos hijos que están afectados por una invalidez física o mental, que no les permita valerse por sí mismos, y que dependen económicamente de ell[os]. Con el beneficio creado por la norma se espera que [los progenitores] puedan compensar con su cuidado personal las insuficiencias de sus hijos, para impulsarlos en su proceso de rehabilitación o para ayudarlos a sobrevivir en una forma digna”.[43]

4.3. A partir de sus exigencias normativas, efecto útil y propósito constitucional, este Tribunal ha identificado los presupuestos que deben completarse para que esta prestación sea otorgada: (i) que la madre o padre de familia de cuyo cuidado dependa el hijo discapacitado (menor o adulto), haya cotizado al sistema general de pensiones el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez (régimen general o especiales en virtud del beneficio transicional, como se verá en el capítulo siguiente); (ii) que la discapacidad mental o física del hijo haya sido debidamente calificada; (iii) la discapacidad física o mental que afecte al hijo o hija debe ser de tal entidad que le impida valerse por sí mismo, es decir que no le permita subsistir dignamente en forma autónoma; (iv) la dependencia de la persona inválida con respecto a su madre o padre, debe ser de tipo económico, no siendo suficiente la sola necesidad afectiva o psicológica de contar con la presencia, cariño y acompañamiento de la madre o el padre y; (v) el beneficio económico no puede ser susceptible de reclamación cuando el hijo dependiente padezca una discapacidad que le permita obtener los medios económicos requeridos para su subsistencia o cuando “tenga bienes o rentas propios para mantenerse”[44].

Ahora, para conservar la prestación pensional especial, (vi) el hijo o hija afectada por la invalidez física o mental debe permanecer en esa condición; (vii) la relación de dependencia económica del hijo o hija discapacitada con la madre o padre debe persistir; y (viii) el padre o madre pensionada ha de abstenerse de regresar al mercado laboral.

5. La posibilidad que tienen los beneficiarios de la transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 de obtener la pensión especial de vejez con las semanas exigidas en sus regímenes especiales en virtud de una interpretación sistemática de la misma y del principio de favorabilidad en sentido amplio o in dubio pro operario. La inobservancia de la norma aplicable al caso, por la ausencia de dicha interpretación o la falta de aplicación de tal principio, como elemento configurativo de un defecto sustantivo en el acto administrativo atacado.

5.1. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mediante el cual se establece el denominado régimen de transición en Colombia, permitió que aquellas personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tuvieran 35 o más años de edad, si eran mujeres; o 40 o más años de edad, si eran hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, conservaran la posibilidad de acceder a la pensión de vejez con los requisitos de la edad y el tiempo de servicios (número de semanas cotizadas) que el régimen anterior al cual se encontraban afiliados estipulaba.

Considerando que esta posibilidad fue diseñada para la pensión de vejez, una interpretación sistemática de dicha disposición normativa en conjunto con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 -parágrafo 4 inciso 2- permite concluir que este beneficio también incluyó a la pensión especial de vejez, puesto que esta última prestación, además de merecer el calificativo de “vejez” por el legislador, se encuentra incluida en el mismo artículo en donde se regulan las pensiones de vejez y en capítulo II de la ley sobre “Pensión de Vejez”. Esta primera aproximación sistemática, permite que, desde un punto de vista esencialmente legal, sea posible que una persona beneficiaria de la transición pueda obtener la pensión especial de vejez no solo con el número de semanas exigido por el régimen general de la Ley 100[45] sino también con el exigido en el régimen especial al que se encontraba afiliada.

5.2. Sin embargo, esta solución ya había sido explorada con anterioridad por esta Corporación siguiendo otra línea de análisis: a partir de la aplicación del principio de favorabilidad en sentido amplio o in dubio pro operario.[46]

5.2.1. En un primer momento, la sentencia T-651 de 2009 propuso una respuesta en este sentido.[47] No obstante, la regla de decisión en estas hipótesis fue especialmente depurada por la T-176 de 2010, caso en el que, tal como el que ahora revisa la Sala, el

accionante solicitaba la pensión especial de vejez argumentando que cumplía con el requisito del tiempo, al ser beneficiario del régimen de transición y tener las 1000 semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990. Sin embargo, la aseguradora pensional le negaba la prestación con fundamento en que, según la norma, para obtener la misma era necesario “el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media”, [48] por lo que debía acreditar el mínimo de semanas exigido en el régimen general de la Ley 100 de 1993, o de lo contrario se estaría contraviniendo el principio de especialidad e inescindibilidad de la Ley laboral.

Básicamente, para la entidad accionada era inadmisibles aceptar lo propuesto por el afiliado porque “(...) (i) no es posible acogerse, al mismo tiempo, a las normas previstas en la ley 100 de 1993 y a los requisitos que para acceder a la pensión ordinaria de vejez impone el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 y; (ii) la pensión especial de vejez por hijo discapacitado no tiene un procedimiento para aplicar, a través del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley de 1993, las normas de que trata el Decreto 758 de 1990.”

Si bien la Corte reconoció que aquella lectura obedecía a una interpretación razonable y objetiva de la norma, tal como lo exige el principio de favorabilidad, también propuso una segunda hipótesis interpretativa en virtud de lo alegado por la accionante. Indicó que la disposición que regulaba la pensión especial de vejez al referirse al “mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media” contenía una remisión normativa al precepto que reglaba el presupuesto de semanas de cotización en la pensión ordinaria de vejez del régimen de prima media (art. 33. num. 2.) que, a su vez, contenía los requisitos para acceder a una prestación de tal naturaleza bajo regímenes anteriores a la ley 100 de 1993, en virtud del beneficio de la transición. [49] En este sentido, concluyó que con esta segunda interpretación no se estaban contrariando los principios de especialidad e inescindibilidad de la ley laboral y que, por el contrario, se estaba aplicando en su integridad la citada ley.

En ese sentido, explicó la Corte que, además, la razonabilidad de la primera posición, sustentada por la aseguradora, se desvirtuaba en el escenario constitucional, en tanto “(i) [excluía], sin razón suficiente, la protección que otorga el ordenamiento jurídico a un segmento históricamente discriminado como lo ha sido la población discapacitada, a la cual,

por el contrario, el ordenamiento constitucional le brinda una especial protección; (ii) obliga[ba] a la accionante a renunciar a su derecho a la aplicación del régimen de transición por cuanto impide tomar en cuenta el requisito por ella ya cumplido de semanas cotizadas necesarias para acceder a una pensión ordinaria de vejez conforme al Decreto 758 de 1990, situación que se advierte desproporcionada en la medida que esta ya ha cumplido con su carga de solidaridad para con el Sistema en lo que al requisito de cotización se refiere; (iii) genera[ba] una situación discriminatoria que desconoce el principio de igualdad de trato y protección entre personas sujetas a una misma situación fáctica; (iv) asum[ía] una interpretación literal de la norma, que desconoce la finalidad buscada por el legislador y la especial protección constitucional de que gozan las personas discapacitadas; (v) entendi[ía] como un axioma absoluto el principio de especialidad del Sistema de Seguridad Social y; (vi) implica[ba] el desconocimiento del precedente fijado sobre la materia en la sentencia T-651 de 2009, en la que ya esta Corporación [había advertido] la aplicabilidad que tiene el régimen de transición al momento de establecer el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez de madre de hijo discapacitado, conforme al artículo 33 parágrafo 4 inciso 2 de la ley 100 de 1993, el artículo 36 de la misma ley, y el Decreto 758 de 1990.”

Y finalmente, concluyó sosteniendo que la hipótesis interpretativa que permitía la aplicación del régimen de transición sintonizaba, “por una parte, los mandatos constitucionales de especial protección de la población discapacitada, y la finalidad dada por el legislador a la pensión especial de vejez, con, de otra, una lectura sistemática del régimen de prima media y las prestaciones contenidas en él en concordancia con el régimen de transición.”

5.2.2. En ese sentido, se estableció que, en virtud del principio in dubio pro operario- para ser más precisos-, esta segunda interpretación era más favorable al trabajador, por lo que las personas beneficiarias de la transición podían tener derecho a que, con el cumplimiento de los demás presupuestos, se les reconociera la pensión especial de vejez con base en los requisitos del régimen especial al que se encontraban afiliadas con anterioridad a la Ley 100 de 1993.

5.3. Por lo tanto, las autoridades administrativas tienen una responsabilidad constitucional con la protección de los beneficios derivados del régimen de transición, puesto que su desconocimiento contradice la situación más favorable para el trabajador, la cual tiene

génesis en normas superiores.[50] En efecto, no solamente tienen la facultad de analizar sistemáticamente el régimen aplicable o mediante el principio de favorabilidad la situación jurídica del afiliado sino que están obligadas a hacerlo. De lo contrario, y se advirtió en aquella oportunidad por la Corte, si la decisión pensional está contenida en un acto administrativo, el desconocimiento de tal deber constituye el elemento configurativo de un defecto sustantivo, “(...) pues sin un sustento objetivo y jurídico razonable, se toma una decisión que no tiene en cuenta las normas aplicables al caso”[51]y, en consecuencia, su corrección constitucional es viable mediante la acción de tutela.

6. Análisis del caso concreto.

6.1. Frente al primer problema jurídico planteado,[52] observa la Sala que, de conformidad con el tiempo laborado por el señor Benítez a CONCONCRETO LTDA, efectivamente cotizado por dicha empresa al ISS y certificado por este último en el reporte del 12 de septiembre de 2006, el accionante contaba con 75,57 semanas más en su historia laboral que no fueron contabilizadas por Colpensiones al momento del estudio pensional. Estas semanas, correspondientes al periodo comprendido entre el 12-05-1976 al 1-11-1977, sumadas a las 675,77[53] que en ese momento ya tenía el peticionario en su historia antes del 29 de julio de 2005, proporcionan un total de 751,34 a esa fecha.

Considerando tal situación, el peticionario tenía 751,34 semanas a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que su beneficio transicional se extendió hasta el 31 de diciembre del año pasado. Igualmente, el régimen especial al que se encontraba afiliado el actor con anterioridad a la Ley 100 de 1993 era el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, puesto que todas sus cotizaciones se efectuaron al ISS. Normatividad que, entre los supuestos, exige el cumplimiento de 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo para acceder a la prestación pensional.[54]

6.2. Realizada tal aclaración, esta Sala debe analizar el segundo problema jurídico planteado,[55] para luego verificar el cumplimiento por parte del señor Benítez Montoya de los supuestos para acceder a la pensión especial de vejez señalados en esta providencia (numeral 4.3.).

6.2.1. En primer lugar, y según se desprende de las consideraciones hechas en el capítulo 5 de esta sentencia, el actor cotizó al sistema general de pensiones el mínimo de semanas

exigido en el régimen de prima media con prestación definida, puesto que, en virtud del beneficio transicional, debía exigírsele solo el número de semanas del régimen especial al que estuviese afiliado antes de la Ley 100 de 1993, esto es, el Acuerdo 049 de 1990, con un total de 1000. Sin embargo, Colpensiones no estudió tal posibilidad a la luz del principio de favorabilidad, a pesar de que el accionante ya tenía 1000 semanas al momento de la solicitud y conservaba el beneficio de la transición. Por este motivo, la entidad vulneró no solo el derecho a la seguridad social del actor, privándolo del disfrute de una pensión, sino que además contravino el debido proceso del afiliado, en tanto profirió dos actos administrativos que adolecían de un defecto sustantivo, pues no tuvieron en cuenta las normas aplicables para el caso.

6.2.2. Ahora, frente a si la discapacidad mental o física de sus hijos ha sido debidamente calificada, se sabe que el 27 de julio de 2007, tanto Liliana María como Jhon Jairo fueron evaluados por Medicina Laboral del Instituto de Seguros Sociales, oportunidad en la que se señaló que ambos padecían Síndrome de Morquio y habían nacido con dificultades en su desarrollo psicomotor, principalmente para sostener la cabeza. Por este motivo, fueron calificados con unos porcentajes de pérdida de capacidad laboral equivalentes a 61.25% en el caso de la primera y 80.45% en el caso del segundo. Asimismo, se indicó que la fecha de estructuración de la invalidez coincidía con el día de su nacimiento.

6.2.3. Con relación al presupuesto de que la condición de sus hijos les impida valerse por sí mismos, a lo largo del expediente y de conformidad con las pruebas solicitadas en esta sede, la Sala pudo constatar que nunca han trabajado y que por sus dificultades de desarrollo psico-motor desde el día de su nacimiento tienen serios problemas posturales cefálicos y de movilidad, por lo que es el accionante, quien los transporta en sus sillas de ruedas, tal como se desprende de las respuestas y fotografías enviadas en sede de revisión. Asimismo, el peticionario aclaró que en el mes de marzo del presente año, su hija fue intervenida quirúrgicamente por un tumor maligno en uno de sus párpados, motivo por el que su asistencia y protección es aún más indispensable en estos momentos, con el fin de acompañar su proceso de recuperación y rehabilitación. Del mismo modo, la Sala tuvo conocimiento de que la señora Liliana María debe ser sometida a cirugía nuevamente, con el fin de adelantarle la “división de simblefaron sod [en] ojo izquierdo”, situación que demuestra con mayor claridad que la presencia del actor en su hogar y al lado de sus hijos es indispensable.

Dichas circunstancias, son claramente explicadas por el señor Benítez Montoya, cuando señala “(...) mis hijos discapacitados requieren de mi presencia a su lado en todo momento, para poder velar y estar pendiente de ellos, en su alimentación, cuidado, manejo, poderlos llevar al médico y brindarles compañía, todo para darles una mejor calidad de vida, lo que se me imposibilita cuando tengo que salir a reciclar para buscar el sustento diario.”

El anterior escenario probatorio, demuestra que ni Liliana María Benítez ni Jhon Jairo Benítez pueden mantener una vida autónoma, alejados de su padre.

6.2.4. Igualmente, respecto de la dependencia económica de sus hijos al señor Benitez Montoya, de conformidad con los relatos de los testigos que fueron recibidos ante notario público, la información brindada por él y en razón a que ostenta la calidad de cabeza de familia en la base de datos única de afiliación al Sistema de Seguridad Social,[56] la Sala encuentra que, estando su núcleo familiar apenas conformado por los tres, los hijos del peticionario solo están amparados por su padre.

6.2.5. Por otra parte, la única propiedad que tienen el peticionario como sus hijos es la vivienda de interés social con que fueron beneficiados en el año 2010, dado que el subsidio aparece a nombre de los tres y la madre de los niños.[57] Pero ni la señora Liliana María ni el señor Jhon Jairo poseen rentas, ingresos o bienes de los que puedan derivar su sostenimiento de forma independiente a lo que les provea el peticionario.

6.3. Finalmente, debe considerarse que estas últimas circunstancias, sobre la situación familiar y económica del accionante nunca fueron puestas en duda por Colpensiones y, por el contrario, la dificultad del reconocimiento pensional se originaba por el cumplimiento del requisito de semanas cotizadas.

6.4. Asimismo, observa la Sala que en ningún caso el peticionario quisiera defraudar al Sistema, puesto que tiene más de las semanas requeridas para pensionarse (1054,59) y todas sus actuaciones denotan diligencia y buena fe.

6.5. En todo caso, para la Sala no pasa inadvertido que, siendo beneficiario del régimen de transición, el peticionario también tiene cumplidos los requisitos de la pensión de vejez ordinaria del Acuerdo 049 de 1990, puesto que el 3 de junio de 2013 cumplió 60 años y en su historia laboral ya registraba más de 1000 semanas cotizadas. En efecto, al momento de

cumplir la edad, el señor Benítez Montoya ya tenía en su historia laboral, al menos,[58] 1011,75 semanas.

Por lo anterior, resultaría poco razonable reconocerle la pensión especial de vejez al peticionario desde el 23 de agosto de 2013, momento en que presentó la petición a Colpensiones, cuando desde antes ya acreditaba los requisitos para pensionarse bajo el mismo régimen.[59] Sin embargo, para la Sala tampoco sería admisible reconocerle la pensión especial de vejez al señor Benítez Montoya desde el momento en que había cumplido las 1000 semanas, puesto que, probatoriamente, en este trámite solo se aportaron y se exhibieron pruebas que pretendían acreditar la situación económica y familiar actual del peticionario, presupuesto forzoso al momento de analizar el tipo de pensión especial, tal como se estudió párrafos más arriba. En otras palabras, con el soporte de las especiales circunstancias que demostraron la situación reciente del señor Benítez Montoya, no podrían justificarse idénticamente los presupuestos fácticos de otro tiempo, pues no se conoció si al momento de cumplir las 1000 semanas, el peticionario cumplía con las condiciones normativas para el efecto.

6.6. Por lo anterior, se observa que el demandante cumple en la actualidad con todos los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez, por lo que se ordenará a Colpensiones que emita una nueva Resolución reconociendo la prestación pensional al señor Benítez Montoya de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 y desde el 3 de junio de 2013, según lo advertido en el numeral anterior. Del mismo modo, se revocarán las decisiones de instancia, por lo considerado.

III. 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 la sentencia de tutela proferida por la Sala Civil- Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia- Quindío- el 4 de agosto del mismo año, que a su vez confirmó la del Juzgado Primero Laboral del Circuito del mismo Distrito del 2 de julio de 2014, mediante la cual se denegó el amparo a los derechos a la seguridad social y al debido

proceso del señor Uber de Jesús Benítez Montoya contra la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES-.

SEGUNDO.- ORDENAR a Colpensiones que, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta providencia, reconozca al señor Uber de Jesús Benítez Montoya la pensión especial de vejez por hija o hijo en condición de discapacidad, contemplada por el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990. Esta pensión deberá reconocerse desde el 3 de junio de 2013.

TERCERO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se libren las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con aclaración de voto

Magistrada

ANDRÉS MUTIS VANEGAS (E)

Secretario General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-191/15

Referencia: Expediente T-4.610.877

Acción de tutela instaurada por Uber de Jesús Benitez Montoya contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones- y como vinculado la Empresa de Representaciones J.O”.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ. .

Aun cuando estoy de acuerdo con la decisión de mayoría de reconocer una pensión de jubilación al peticionario, es preciso aclarar que en vista de que la prestación correspondiente se entiende causada a partir del momento en que el afiliado cumplió 60 años de edad, resulta indiscutible que la misma no puede ser otra que la pensión de vejez. De manera que estimo desacertado los considerandos de la parte motiva No. 6.5 y 6.6, en los que se expresa que la prestación que debe otorgarse al demandante es la “pensión por hijo discapacitado”, ello en razón de que, evidentemente, esta última prestación, consagrada en el inciso 2 del párrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 , está concebida para aquellos casos en que el afiliado que ha completado el número de cotizaciones legalmente requeridos, -no ha alcanzado la edad para pensionarse-, que la discapacidad mental o física del hijo haya sido debidamente calificada, que no le permita obtener los medios económicos para su subsistencia y la dependencia de la persona invalida, con respecto de su progenitor-a, la cual debe ser de tipo económico. Luego si el afiliado cuenta con la edad para jubilarse y los restantes requisitos de ley, la pensión a que accede no puede ser la de la última disposición citada.

Esta precisión resulta digna de tenerse en cuenta en la medida en que, a futuro, para efectos de mantener el disfrute de la pensión de vejez, no sería necesario verificar el estado o no de invalidez del hijo incapacitado, y que no se reingrese al mundo laboral, como sí habría que hacerlo, bajo la perspectiva desacertada de los ya citados apartes de las motivaciones del fallo.

Fecha ut supra,

Magistrado

[2] Este Fondo fue vinculado al trámite de tutela mediante Auto del 31 de julio de 2013 por el Juez Octavo Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá- Cundinamarca-. Folios 327 y 329 del cuaderno 3.

[3] Para los efectos de esta providencia, cuando se hable de la “pensión especial de vejez” se entenderá que se hace referencia a la pensión especial de vejez por hija o hijo en condición de discapacidad a cargo, contemplada por el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993.

[4] Fotocopia simple de la cédula de ciudadanía del señor Uber de Jesús Benítez Montoya que acredita que nació el 3 de junio de 1953 en la ciudad de Pereira- Risaralda-. Folio 11 del Cuaderno No. 3.

[5] De acuerdo con su Registro Civil, el cual obra en copia simple, Liliana nació el 18 de junio de 1977 en el municipio de Urrao- Antioquia-, y sus padres son el señor Uber de Jesús Benítez Montoya y la señora María Flor Uran Montoya. Folio 13 del Cuaderno No. 3.

[6] De acuerdo con su Registro Civil, el cual obra en copia simple, Jhon nació el 18 de mayo de 1981 en el municipio de Medellín- Antioquia-, y sus padres son el señor Uber de Jesús Benítez Montoya y la señora María Flor Uran Montoya. Folio 14 del Cuaderno No. 3.

[7] Dictámenes Medico-Laborales por Medicina Laboral del ISS. Folios 15 y 16 del cuaderno No. 3.

[8] Resolución No. 00017 de 2009, “Por medio de la cual se resuelve una pensión especial de vejez a padre trabajador con hijo inválido según la Ley 797 de 2003”. Folios 26 y 27 del cuaderno No. 3.

[9] “ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. (...) PARÁGRAFO 4o. (...) <Apartes subrayados, en letra itálica, y subrayados y en letra itálica CONDICIONALMENTE exequibles. Aparte tachado INEXEQUIBLE> La madre trabajadora cuyo hijo menor de 18 años padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta

tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo.”

[10] Resolución No. GNR 321390 del 26 de noviembre de 2013. Folios 36 al 41 del cuaderno No. 3.

[11] El escrito de apelación fue presentado el 21 de enero de 2014. Folios 42 al 48 del cuaderno No. 3.

[12] 1º de abril de 1994.

[13] El Acto Legislativo 01 de 2002 fue publicado en el Diario Oficial No. 45.980 del 25 de julio de 2005, en donde se incluyeron en el encabezado las palabras “proyecto de” y “(segunda vuelta)”, debiendo corresponder al de “Acto Legislativo 01 de 2005 “Por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política””. Sin embargo, mediante Decreto 2576 de julio de 2005 se corrige tal error en el título del Acto Legislativo 01 de 2005 y el artículo 2 del decreto ordena publicar en el Diario Oficial el Acto Legislativo con la corrección; lo anterior fue cumplido en el Diario Oficial 45.984 del 29 de julio de 2005, motivo por el que esta Sala considera que es esta última fecha la que debe tenerse como entrada en vigencia del mismo.

[14] Artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005: “(...) Parágrafo transitorio 4º. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”

[15] Emitida el 4 de junio de 2014 y aportada con el escrito de tutela. Folios 21 a 25 del cuaderno No. 3.

[16] Declaraciones extrajuicio de los señores José Enrique Londoño Pineda y José Bernardo Cardona Garibello ante la Notaría 1 del municipio de Calarcá-Quindío-, en las que manifiestan que “(...)hace 8 años cono[cen] por vecindad en el corregimiento de Barcelona, amistad, trato y comunicación al señor UBER DE JESUS BENITEZ MONTOYA (...) y por tal conocimiento, me consta que es el PADRE CABEZA DE HOGAR, ya que tiene dos hijos llamados LINA (sic) MARIA BENITEZ URAN Y JHON JAIRO BENITEZ URAN, a quienes los [conocemos] desde el mismo tiempo en que [conocemos] a su señor padre. [Ambos] son mayores de edad y hasta el momento se encuentran discapacitados no pudiéndose valer por ellos mismos, quienes dependen económicamente de su padre. El señor UBER DE JESUS BENITEZ MONTOYA se encuentra por fuera del mercado laboral en este momento, toda vez que por la edad ya no le dan trabajao, además, es una persona de escasos recursos económicos.” Folios 19. Cuaderno No. 3.

[17] Folios 51 a 59 del Cuaderno No. 3.

[18] Impugnación presentada el 8 de julio de 2014. Folios 60 a 64 del Cuaderno No. 3.

[19] Ibídem.

[20] Folios 65 a 68 del Cuaderno No. 3.

[21] El texto completo enviado al accionante a través del auto del 10 de abril de 2015, es el siguiente: “ORDENAR que, por Secretaría General, se inste al señor Uber de Jesús Benítez Montoya para que en un término de 3 días hábiles a partir de la notificación de este auto, responda el siguiente cuestionario y adjunte los documentos que acrediten sus respuestas:

1. De cuántas personas se compone su núcleo familiar, a qué se dedican y de qué forma se ocupan del cubrimiento de las necesidades básicas de sus hijos Liliana María Benítez y Jhon Jairo Benítez.
2. Cuáles son sus fuentes de ingreso y a cuánto equivalen. (Si tienen pensiones, salarios, rentas por inmuebles, ayudas de familiares cercanos, alimentos, donaciones etc.)
3. A cuánto ascienden sus gastos mensuales y los de las personas que viven con usted

por concepto de manutención, vivienda, transporte, y salud. (Acompañar con los documentos respectivos, especialmente facturas de servicios públicos, recibos de arrendamiento y aportes a salud si los hay.)

4. Si usted o su núcleo familiar tienen en propiedad o poseen bienes inmuebles o automotores.

5. A qué estrato socio-económico pertenece el inmueble donde habitan.

6. Si se encuentra afiliado al Sistema de Salud a través del régimen subsidiado o contributivo. Y de encontrarse afiliado por este último, cuál es el ingreso base de cotización actual y cuál es su calidad y la de sus hijos frente al sistema (cotizantes o beneficiarios).

7. A qué se dedicaba antes de encontrarse desempleado y cuál fue la razón por la que dejó de trabajar. (Aportar, por ejemplo, documento que acredite la desvinculación si es del caso)

8. Mientras usted se encontraba laborando, quienes se encargaban del cuidado de sus dos hijos.

9. A qué se dedica la madre de sus hijos y como aporta al sostenimiento de los mismos. (ocupación laboral, profesional, académica.)

10. Si actualmente la madre de sus hijos cuida de ellos y si la respuesta es negativa justifíquela.”

[22] Igualmente, el accionante aporta con su respuesta su carnét y el de sus hijos que los identifica como beneficiarios del régimen subsidiado de salud en la EPS CafeSalud del municipio de Calarcá- Quindio-. Folios 16 del cuaderno principal.

[23] Este programa cubre a trabajadores independientes urbanos y rurales, desempleados, madres comunitarias, discapacitados y concejales pertenecientes a municipios de categorías 4, 5 y 6. Asimismo, en este programa los beneficiarios deben aportar un porcentaje del monto total de cotización, que generalmente oscila entre el 5% y el 30%, dependiendo del grupo poblacional al que pertenezcan. El porcentaje restante lo subsidia el gobierno nacional, a través del CONSORCIO COLOMBIA MAYOR.

https://colombiamayor.co/programa_psap.html. Consultado el 14 de abril de 2015.

[24] De acuerdo con el documento aportado por el accionante, expedido por la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social el 12 de septiembre de 2006, el empleador CONCONCRETO LTDA aportó y pagó efectivamente al ISS el periodo laboral comprendido entre el 12-05-1976 hasta el 1-11-1977. Este periodo no aparece en la historia laboral del 4 de junio de 2014 expedida por Colpensiones, al parecer, por errores de recopilación de información al interior de la entidad pensional. Folio 43 del cuaderno de revisión. Debe aclararse que este empleador es distinto a “REPRESENTACIONES J.O.”, empresa que si bien aparece como patrono del accionante en su historial laboral, presentó mora en el recaudo de aportes pensionales; a diferencia de CONCONCRETO LTDA que efectivamente efectuó los respectivos aportes a nombre del peticionario pero que, por aparentes inconsistencias en su historia laboral, los mismos no fueron registradas en la historia laboral del 4 de junio de 2014 por Colpensiones.

[25] Folios 26 y 27 del cuaderno de revisión.

[26] En Sentencia T- 646 de 2013. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez), esta misma Sala de Revisión hizo una reiteración del tema.

[27] Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. “ARTICULO 2o. COMPETENCIA GENERAL. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de:// 1. Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo.

2. Las acciones sobre fuero sindical, cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral.

3. La suspensión, disolución, liquidación de sindicatos y la cancelación del registro sindical.

4. <Numeral modificado por del artículo 622 de la Ley 1564 de 2012. El nuevo texto es el siguiente:> 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.”

[28] Ley 1437 de 2011: “Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho. Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La nulidad procederá por las mismas causales establecidas en el inciso segundo del artículo anterior.// Igualmente podrá pretenderse la nulidad del acto administrativo general y pedirse el restablecimiento del derecho directamente violado por este al particular demandante o la reparación del daño causado a dicho particular por el mismo, siempre y cuando la demanda se presente en tiempo, esto es, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a su publicación. Si existe un acto intermedio, de ejecución o cumplimiento del acto general, el término anterior se contará a partir de la notificación de aquel.”

[29] Ver, entre otras, las sentencias T-708 de 2009 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), y SU-189 de 2012 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[30] Ver, entre otras, las sentencias T-456 de 1994 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), T-076 de 1996 (M.P. Jorge Arango Mejía), T-160 de 1997 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), T-546 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-594 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-522 de 2010 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-1033 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) y T-595 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio). Citadas por la Sentencia T-494 de 2013. (M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez)

[31] Salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos, según el mismo artículo.

[32] LEY 1437 DE 2011, “Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

[33] En este sentido, pueden consultarse las sentencias T-526 de 2005 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-016 de 2006 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-692 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-905 de 2006 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-1084 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-1009 de 2006 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-792 de 2007 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-825 de 2007 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa),

T-243 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-594 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-189 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-299 de 2009 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo), T-265 de 2009 (M.P. Humberto Sierra Porto), T-691 de 2009 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-883 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-328 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), entre muchas otras

[34] En la Sentencia SU- 961 de 1999. (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa), puede leerse la interpretación completa de la Corte al respecto.

[35] Sobre el tema, puede consultarse la sentencia C-543 de 1992. (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), que declaró la inconstitucionalidad de los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, pertinentes en el tema de la caducidad de la acción de tutela.

[37] Al respecto, es de advertir que la misma norma constitucional le impone al Estado “organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad...”; conforme al Literal a) del artículo 2° de la Ley 100 de 1993 “por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones” la eficiencia, precisamente, hace referencia a la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente.

[38] Sentencia T-1040 de 2008. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández.)

[39] El sistema fue estructurado con los siguientes componentes: (i) el Sistema General en Pensiones, (ii) el Sistema General en Salud, (iii) el Sistema General de Riesgos Profesionales y (iv) los Servicios Sociales Complementarios.

[40] Para un desarrollo más extenso sobre este tema, se sugieren las Sentencias T- 176 de 2010. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-1040 de 2008. (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

[41] En sentencia C-989 de 2006 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), esta Corte estudió la constitucionalidad de la expresión “madre”, consagrada en el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. En esa ocasión este Tribunal Constitucional concluyó

que “al reconocerse el beneficio pensional previsto en la disposición legal acusada exclusivamente a la madre cabeza de familia, se produce una violación del derecho a la igualdad del hijo discapacitado que depende económicamente del padre cabeza de familia, por el simple hecho de ser el hombre y no la mujer quien responde económicamente por su manutención”. Así las cosas, se declaró la exequibilidad condicionada de la expresión en comento, “en el entendido, que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él”. (Énfasis en el original).

[42] En la sentencia C-227 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) ya citada, la Corte Constitucional declaró inexecutable la previsión normativa “menor de 18 años”, contenida en el artículo 33 párrafo 4 inciso 2 de la ley 797 de 2003, en cuanto limitaba el beneficio pensional a las madres o padres de hijos menores edad. Para la Corte, no resultaba ajustado a la Carta establecer una diferenciación en torno a la edad de la persona discapacitada, pues no permite alcanzar el fin para el cual el beneficio pensional fue creado, ya que, de una parte, obliga a la interrupción de los procesos de rehabilitación de quien está discapacitado, y de otra, deja sin protección a los hijos discapacitados por el simple hecho de cumplir 18 años de edad, sin tener en cuenta que a pesar de la mayoría de edad, estos pueden continuar dependiendo económicamente de su madre o padre.

[43] *Ibídem*.

[44] Sobre el particular, la Corte en la ya referida sentencia C-227 de 2004 anotó: “(...) el beneficio de la pensión especial de vejez no podrá ser reclamado por las madres trabajadoras, cuando sus niños afectados por una invalidez física o mental tengan bienes o rentas propios para mantenerse. En este caso, estos niños no dependerían económicamente de la madre, requisito que debe cumplirse para poder acceder a la pensión especial de vejez. Tampoco sería aplicable la norma cuando estos niños reciban un beneficio del Sistema de Seguridad Social que los provea de los medios para subsistir.”

[45] Esto es, según el artículo 33, reunir las siguientes condiciones: “1. <Ver Notas del Editor> Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.// A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.// 2. Haber

cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.// A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o. de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.”

[46] El principio in dubio pro operario o favorabilidad en sentido amplio, previsto igualmente en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, impone a la autoridad administrativa o judicial elegir, en caso de duda, la interpretación normativa que más favorezca al trabajador. En efecto, “(...) implica que una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso, permiten la adscripción de diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, generando duda en el operador jurídico sobre cuál hermenéutica escoger. En esta hipótesis el intérprete debe elegir la interpretación que mayor amparo otorgue al trabajador”. Sentencia T-832A de 2013. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.)

[47] La Corte analizó el caso de una madre trabajadora que había solicitado ante el Instituto de Seguro Social el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, de acuerdo con lo reglado en el artículo 33 parágrafo 4 inciso 2 de la ley 100 de 1993. El ISS, al resolver la petición pensional y realizar el cómputo de las semanas necesarias para obtener el derecho, no tuvo en cuenta el régimen de transición del que la accionante era beneficiaria, y por ende, negó la solicitud por cuanto sin la aplicación de ese régimen la actora no reunía las semanas suficientes para hacerse acreedora de la pensión anticipada por hijo discapacitado. Cfr. Sentencia T-176 de 2010. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.)

[48] Recuérdese que, de conformidad con el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, para obtener la pensión especial de vejez es necesario que : “La madre trabajadora cuyo hijo menor de 18 años padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, [haya] cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez.”

[49] “La Sala igualmente aprecia otra interpretación posible, que también resulta objetiva y razonable al momento de resolver el problema jurídico sobre la aplicación o no del régimen de transición al caso de la accionante. Pasa la Sala a exponer esta hipótesis

interpretativa y a verificar su razonabilidad y objetividad.// 5.1. El título II de la ley 100 de 1993 regula lo concerniente al régimen de prima media con prestación definida. En el capítulo II de ese título, relativo a la pensión de vejez, se consagra dentro de las prestaciones para cubrir dicha contingencia, entre otras, las siguientes: (i) pensión ordinaria de vejez (art. 33.1 y 2.); (ii) pensión especial anticipada de vejez de persona inválida (art. 33. par. 4. inc. 1) y; (iii) pensión especial anticipada de madre o padre de hijo discapacitado (art. 33. par. 4. inc. 2). Adicionalmente, el capítulo II en comento, regula lo concerniente al régimen de transición en pensiones en el sistema de prima media de la ley 100 de 1993, en su relación con los sistemas pensionales anteriores a la vigencia de la anotada ley 100.// Ahora bien, conforme se expuso, para obtener la pensión especial de vejez por hijo discapacitado el solicitante debe tener cotizadas el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión ordinaria de vejez (entre otros requisitos). Esto es, dentro del contenido normativo de la pensión especial por hijo discapacitado se establece una remisión[35] a la normatividad que regula el presupuesto de semanas de cotización en la pensión ordinaria de vejez del régimen de prima media (art. 33. num. 2.)[36].// Así, el artículo 33 numeral 2 de la ley 100 de 1993 indica que “para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: (...) 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015”. No obstante, el régimen de prima media prevé una excepción a la aplicación de la norma anterior. En esa dirección, en el artículo 36 inciso 2 el legislador al establecer el régimen de transición dispuso otra cláusula de reenvío del siguiente tenor: “La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres (...), será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados (...)”. (Subrayado añadido).//5.2. Vistas así las cosas, resulta razonable sostener que con esta interpretación no se afecta el principio de especialidad del Sistema de Seguridad Social, pues en realidad se está aplicando en su integridad la ley 100 de 1993. En efecto, es el propio legislador el que autoriza, mediante sucesivas remisiones, la observancia de parámetros normativos que consagran los requisitos para acceder a una pensión ordinaria de vejez en regímenes anteriores a la ley 100 de 1993; pero lo hace con la finalidad de determinar si la persona que solicita la pensión especial de vejez por hijo discapacitado cumple con el número de

semanas necesarias que exige la anotada ley en su artículo 33 parágrafo 4 inciso 2, esto es, si el afiliado ya reunió el número de semanas suficientes para acceder a una pensión de vejez.”

[50] De conformidad con el artículo 53 superior, debe garantizarse la protección de la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”. Esta expresión, propone dos principios hermenéuticos en materia laboral: (i) la favorabilidad en sentido estricto y el llamado (ii) in dubio pro operario o favorabilidad en sentido amplio. A su vez, de la misma disposición constitucional y del artículo 215, también superior, se desprende otro importante principio, mejor conocido como (iii) la condición más beneficiosa, el cual prohíbe el menoscabo de los derechos adquiridos y en ese sentido, pretende salvaguardar las expectativas legítimas de todo trabajador o beneficiario de la seguridad social.

[51] Para el particular la sentencia T-176 de 2010 cita la T-571 de 2002 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), para señalar que en aquella oportunidad este Tribunal expresó: “[E]s posible identificar en la jurisprudencia de la Corporación dos eventos en los cuales podrían configurarse vías de hecho en el acto administrativo proferido con ocasión de la solicitud pensional: (...) ii. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de la pensión de jubilación se incurre en una omisión manifiesta al no aplicar las normas que corresponden al caso concreto o elige aplicar la norma menos favorable para el trabajador, en franca contradicción con la orden constitucional del principio de favorabilidad. Por ejemplo, cuando se desconoce la aplicación de un régimen especial o se omite aplicar el régimen de transición previsto en el sistema general de pensiones. Se configura la vía de hecho por omisión manifiesta en la aplicación de las normas porque al tratarse de derechos provenientes de la seguridad social son irrenunciables y si la persona cumple con los requisitos previstos por la ley para que le sea reconocido su derecho de pensión conforme a un régimen especial o de transición, esta es una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. La posición de quien cumple con lo exigido por la ley configura un auténtico derecho subjetivo exigible y justiciable.” (Subrayado añadido).

[52] Considerando los aportes realizados por CONCONCRETO LTDA, ¿al momento de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 el accionante contaba con 750 semanas cotizadas

y, en consecuencia, conservó el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014 o sólo hasta el 29 de julio de 2005?

[53] Este total, de conformidad con la historia laboral del 4 de junio de 2014, obedece a la suma de los periodos efectivamente pagados por los empleadores con quien estuvo vinculado el peticionario (Jorge Galindo, Granja Avícola Los Lagos, José Bernardo Gómez, Santa María de Los Almendros, Comercial de Maderas LTDA, Arquitectos e Ingenieros AS, Créditos El Rey y parcialmente por “REPRESENTACIONES J.O.) y de otros en mora o pagados para ciclos diferentes por la empresa “REPRESENTACIONES J.O.”: 09-1995 (deuda presunta, pago aplicado a periodos posteriores); 08-1996 (deuda presunta, pago aplicado a periodos posteriores); 02 a 06-1997 (deuda presunta, pago aplicado a periodos posteriores y anteriores); 07-1997 (su empleador presenta deuda por no pago); 10 a 12-1998 (su empleador presenta deuda por no pago) y; 01 a 09-1999 (su empleador presenta deuda por no pago). Folios 21 a 25 del cuaderno No. 3. Frente a la situación en que el ISS ha aplicado los pagos del empleador a periodos diferentes al correspondiente (anteriores o posteriores), esta Corporación ha señalado que se trata de “(...) pagos efectivamente recibidos por Colpensiones al ciclo declarado, pero que [son] distribuido[s] para sufragar deudas presentadas en periodos anteriores [posteriores], motivo por el cual no se le reconocen al afiliado como semanas cotizadas. (...) En otras palabras, [con esta conducta] Colpensiones le [hace] oponible al [afiliado] la mora de su empleador”, asunto que, como muchas veces ha sido aclarado por este mismo Tribunal, “(...) en caso de mora del empleador es competencia de Colpensiones utilizar los mecanismos legales que están a su disposición, con el fin de exigir el pago de los aportes al empleador moroso e imponer las sanciones correspondientes”, pero nunca imponer dicha carga al afiliado. En ese sentido, se observa que tanto la mora, como los pagos aplicados a otros periodos diferentes al declarado, no deben ser asumidos por el asegurado en los términos expuestos. Sentencia T-726 de 2013. (M.P. Mauricio González Cuervo).

[54] “ARTÍCULO 12. REQUISITOS DE LA PENSION POR VEJEZ. Tendrán derecho a la pensión de vejez las personas que reúnan los siguientes requisitos:// a) Sesenta (60) o más años de edad si se es varón o cincuenta y cinco (55) o más años de edad, si se es mujer y, // b) Un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.”

[55] Mediante los actos administrativos que negaron la pensión especial de vejez al accionante contemplada por el artículo 33 de la ley 100 de 1993 – parágrafo 4 inciso 2-, ¿Colpensiones vulneró sus derechos a la seguridad social y al debido proceso, en tanto desconoció con tales decisiones la aplicación del beneficio de la transición y, en consecuencia, las normas del régimen especial al que estaba afiliado para obtener la pensión especial de vejez señalada, aun cuando a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 sí acreditaba las 750 semanas para lograr que el beneficio de la transición se extendiera hasta el 31 de diciembre de 2014?

[56] <http://www.fosyga.gov.co/Aplicaciones/InternetBDUA/Pages/RespuestaConsulta.aspx>. Consultado el 15 de abril de 2015.

[57] Sistema Integral de Información de la Protección Social.

[58] Esta aclaración se hace con el fin de señalar que, inclusive, analizando solo la historia laboral del Colpensiones del 4 de junio de 2014 a la que le hacen faltan semanas de cotización por mora y por el tiempo aportado por CONCONCRETO LTDA, el peticionario al cumplir la edad ya tenía más de 1000 semanas de cotización.

[59] Acuerdo 049 de 1990.