

Expediente T-8.743.495

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Improcedencia de tutela, por incumplimiento del presupuesto de subsidiariedad/RECURSO DE CASACION-Medio idóneo para protección de derechos fundamentales

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Improcedencia por cuanto no se reunieron los presupuestos para dar aplicación a la “condición más beneficiosa”

(...) el accionante no satisface, en conjunto y de manera suficiente, las condiciones del test de procedencia unificado en la Sentencia SU-556 de 2019 y, por tanto, no acredita una situación de vulnerabilidad que le permita a la Sala valorar su situación a partir del principio de la condición más beneficiosa, en el sentido de aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, en lo que respecta a la exigencia de densidad de semanas de cotización.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y LA IMPORTANCIA DE LA PENSION DE INVALIDEZ-Concepto, naturaleza y protección constitucional/PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago

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

APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE INVALIDEZ-Diferencias entre la jurisprudencia constitucional y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

UNIFICACION DE JURISPRUDENCIA EN MATERIA DE APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA A LA PENSION DE INVALIDEZ-Reglas

INFORMACION SUMINISTRADA POR FONDOS DE PENSIONES A LOS AFILIADOS AL REGIMEN DE PRIMA MEDIA Y REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL-Finalidad

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES-Deber de información de las Administradoras de Fondos de Pensiones para garantizar la libertad de elección de los cotizantes en el régimen pensional

(...), es deber de la entidad informarle al afiliado sobre los mecanismos dispuestos por el sistema para la protección del riesgo de vejez de las personas en situación de discapacidad, entre los que se encuentran: (i) la pensión especial de vejez anticipada por invalidez, (ii) el programa del subsidio del aporte a pensión y (iii) el servicio social complementario de los beneficios económicos periódicos -BEPS-

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Requisitos generales y especiales de procedibilidad

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSION DE INVALIDEZ, EN APLICACION DEL PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS

BENEFICIOSA-Test de procedencia

EXHORTO-Colpensiones

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA T-218 de 2023

Referencia: Expediente T-8.743.495

Solicitud de tutela presentada por Rafael Arévalo Rosales en contra de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá.

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., veinte (20) de junio de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Sexta de Revisión, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, decide sobre la revisión del fallo de segunda instancia adoptado el 10 de marzo de 2022 por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la decisión dictada el 25 de enero de 2022 por la Sala de Casación Laboral de la misma corporación, dentro del proceso de tutela de la referencia, previas las siguientes consideraciones:

I. ANTECEDENTES

El 11 de enero de 2022¹, Rafael Arévalo Rosales interpuso solicitud de tutela en contra de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y del Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de la misma ciudad². En su criterio, las autoridades judiciales accionadas vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, a la dignidad humana, a la vida digna, a la seguridad social y a la igualdad, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con las exigencias previstas por el Acuerdo 049 de 1993, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

1. Hechos probados

1. El accionante tiene 71 años⁴. El 1 de junio de 2017 fue dictaminado con una pérdida de capacidad laboral del 55,5%, de origen común, y fecha de estructuración del 17 de abril de 2017, con base en diagnóstico de Parkinson⁵.

1. El tutelante cotizó un total de 482,71 semanas en el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 1974 y el 31 de diciembre de 1989, antes de que entrara a regir la Ley 100 de 1993.

1. El 14 de agosto de 2017, solicitó a Colpensiones el reconocimiento de la pensión de invalidez⁷. Como sustento de su petición, sostuvo que “a la fecha del primero (01) de abril de 1994 ya había superado las 300 semanas exigidas mediante el [A]cuerdo 049, aprobado por el [D]ecreto 758 del año de 1990”⁸.

1. Mediante la Resolución SUB277778 del 30 de noviembre de 2017⁹, Colpensiones negó la solicitud. Sostuvo que el actor no cumplió las condiciones previstas por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, pues “NO acredit[ó] el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, entre el 26 de julio de 2013 y el 26 de julio de 2016”. Además, indicó que no era viable reconocer la pensión con las exigencias dispuestas por el Acuerdo 049 de 1990, pues, “teniendo en cuenta que la fecha de estructuración de su invalidez fue el 17 de abril de 2017 [...] se realizó el estudio en aplicación de la condición más beneficiosa con la normatividad anterior a la Ley 860 de 2003, la cual es la Ley 100 de 1993, donde se demostró que el [solicitante] no dejó acreditados los requisitos para acceder al reconocimiento de la prestación”¹⁰.

1. Mediante la Resolución SUB58180 del 28 de febrero de 2018¹², la entidad ratificó la negativa del reconocimiento prestacional. Reiteró que no era procedente conceder la pensión con base en los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, por cuanto la invalidez se estructuró el 17 de abril de 2017 y el afiliado “no cumpl[ió] el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”¹³, previsto por “la normatividad aplicable al caso [esto es,] la Ley 860 de 2003”. Además, dado

que “el afiliado presenta cotizaciones [...] hasta el 31 de diciembre de 1989”, consideró que no era dable “diferir el efecto general e inmediato de la Ley 860 de 2003 en el tiempo” y, en su lugar, aplicar la Ley 100 de 1993¹⁴.

1. Por medio de la Resolución DIR5433 del 14 de marzo de 2018, Colpensiones confirmó la decisión apelada. Según la entidad, “una vez verificada la historia laboral del afiliado [...] para el 29 de diciembre de 2003 no se encontraba activo cotizando, ni acreditó 26 semanas cotizadas con anterioridad a dicha fecha, por lo que finalmente tampoco resulta procedente reconocer la pensión de invalidez solicitada, bajo los lineamientos de la condición más beneficiosa”¹⁵.

1. Actuación judicial ordinaria

1. El 28 de noviembre de 2019¹⁶, el actor interpuso demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones¹⁷. Solicitó que se condenara a la entidad al reconocimiento de la pensión de invalidez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, al igual que al pago del retroactivo pensional y los intereses de mora dispuestos por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993¹⁸.

1. Sentencia de primera instancia del proceso ordinario laboral¹⁹. El 29 de septiembre de 2021, el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá negó las pretensiones de la demanda y, en consecuencia, absolvió a Colpensiones. El accionante apeló la decisión²⁰.

1. Sentencia de segunda instancia del proceso ordinario laboral²¹. El 30 de noviembre de 2021, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá

confirmó la decisión del a quo.

1. Si bien consideró que “la norma aplicable es la prevista en el artículo 39 numeral 2º de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003”, dado que la invalidez se estructuró el 17 de abril de 2017, advirtió que el accionante no acreditó la densidad de cotización exigida para la pensión de invalidez. Esto, por cuanto “cotizó un total de 482,71 semanas entre el 1º de octubre de 1974 y el 31 de diciembre de 1989, de las cuales fueron cotizadas 0 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez”, sin que existiese justificación respecto de la ausencia de cotización durante el periodo comprendido entre los años 1990 a 2007, “pues la enfermedad que le gener[ó] su incapacidad, esto es, Parkinson, fue diagnosticada desde el año 2007”²².

1. En cuanto a la aplicación de la condición más beneficiosa, sostuvo que “la situación pensional del afiliado, solo puede dilucidarse conforme a la norma inmediatamente anterior, que para el caso corresponde al artículo 39 de la Ley 100 de 1993”²³, al ser el “criterio jurisprudencial [...] sentado por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral” y “al existir serios motivos atendibles a efectos de separarse del criterio adoptado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 556 de 2019”²⁴, según lo indicó la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL1889-2020. En consecuencia, dado que “la estructuración de la invalidez del señor Rafael Arévalo Rosales tuvo lugar el 17 de abril de 2017, es decir, fuera del plazo fijado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para la cesación de los efectos del principio de la condición más beneficiosa, es claro que la situación pensional del actor solo puede definirse conforme a lo previsto en la Ley 860 de 2003, cuyos requisitos no se constatan en su caso particular”²⁵.

1. Pretensiones y fundamentos de la solicitud de tutela²⁶

1. El señor Arévalo Rosales interpuso demanda de tutela en contra de la Sala de Decisión

Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de la misma ciudad. Consideró que vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, a la dignidad humana, a la vida digna, a la seguridad social y a la igualdad, al haberle negado el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

1. Según el tutelante, las decisiones cuestionadas incurrieron en los defectos de desconocimiento del precedente y violación directa de la Constitución²⁷.

1. De un lado, alega que se configuró el defecto por desconocimiento del precedente, por cuanto el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá se apartó de la jurisprudencia constitucional, “que, en casos de igual talante al aquí debatido, ha reconocido las prestaciones a vinculados que reunieron los mismos requisitos que ostento”²⁸. Y, a su vez, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desconoció las Sentencias SU-442 de 2016, SU-556 de 2019, T-872 de 2013, T-012 de 2014, T-295 de 2015 y, especialmente, la Sentencia T-166 de 2021 “que resolvió una situación pensional de manera favorable al afiliado, quien reunió las mismas circunstancias de tiempo modo y lugar que este agenciado acredita”²⁹.

1. De otro lado, que se configuró el defecto por violación directa de la Constitución, dado que las decisiones cuestionadas constituyen “providencias lesivas de derechos fundamentales”³⁰, “contrariamente notoria[s] a la Constitución”³¹, “en contravía de lo estipulado en los artículos 13 y 53 constitucional”³².

1. Por otra parte, en cuanto a la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, sostuvo que acredita las condiciones del test de procedencia unificado en la Sentencia SU-556 de 2019, dado que: (i) “además de ser una persona en situación de invalidez, pertenece a un grupo de especial protección constitucional atendiendo a su: vejez, no contar

con un ingreso que garantice su mínimo vital y el padecimiento de la enfermedad crónico degenerativa de Parkinson”³³; (ii) la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta la satisfacción de sus necesidades básicas³⁴; (iii) no pudo seguir cotizando en vigencia de la Ley 860 de 2003 por la pérdida de su capacidad laboral³⁵ y (iv) ha actuado en forma diligente³⁶. Además, señaló que satisface las exigencias dispuestas por el Acuerdo 049 de 1990, pues: (i) su invalidez se estructuró en vigencia de la Ley 860 de 2003; (ii) no cotizó la densidad de semanas exigidas por dicha norma y (iii) “acredita de manera diáfana haber cotizado 482 semanas entre el 01/10/1974 al 31/12/1989, esto es, en vigencia del Acuerdo 049 de 1990 y antes de que entrara a regir la Ley 100 de 1993”³⁷.

1. Finalmente, afirmó carecer de condiciones económicas que le garanticen una subsistencia digna, al no contar con ninguna fuente de ingreso para satisfacer su mínimo vital y móvil, y encontrarse “sin modos de ocupación atendiendo a [su] avanzada edad”³⁸.

1. Respuesta de las autoridades accionadas y de la vinculada³⁹

1. Colpensiones⁴⁰. Solicitó declarar improcedente la tutela, “por cuanto no se ha materializado ningún vicio, defecto o vulneración de derechos fundamentales por parte del Tribunal Superior de Bogotá”⁴¹. Así mismo, pidió su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, dado que “validado el expediente administrativo no se evidencia solicitudes pendientes de resolver”⁴² y “la acción de tutela se refiere a una prestación que no es de competencia de Colpensiones”⁴³.

1. Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá⁴⁴. Manifestó no haber vulnerado “ningún derecho fundamental del accionante”⁴⁵, por cuanto “la parte actora pudo atacar la sentencia de primera instancia con los recursos que contaba”⁴⁶ y “toda la actuación procesal se llevó a cabo observando el debido proceso, respetando el derecho de defensa de las partes”⁴⁷.

1. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá⁴⁸. Manifestó “está[rse] a lo indicado en las pruebas obrantes en el expediente”. A su vez, remitió copia del expediente digital del proceso ordinario laboral con radicación No. 2019-00804-01.

4. Decisiones objeto de revisión

1. Mediante Sentencia STL750-2022 del 25 de enero de 2022, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia declaró improcedente la solicitud de amparo. Consideró que el accionante no interpuso el recurso extraordinario de casación, pese a ser el medio idóneo para cuestionar la decisión del Tribunal. Según el a quo, “afirm[ar] que no era «eficaz ni eficiente para la situación»”⁵⁰ constituyen “argumentos que no son de recibo”⁵¹ y “una omisión imputable al extremo accionante, que genera los resultados adversos que ahora no pueden ser achacados a quienes conocieron del asunto”⁵².

4.2. Impugnación⁵³

1. El 8 de febrero de 2022, el tutelante impugnó la decisión. Manifestó que el recurso extraordinario de casación persigue la protección de derechos fundamentales “como los deprecados [...] en la acción constitucional”, por lo que, “al perseguir el mismo fin se debe proveer en favor del suscrito el mecanismo más efectivo y rápido que procure por la protección de los derechos constitucional y fundamentalmente lesionados”⁵⁴. En esos términos, indicó que “no se puede someter al suscrito al trámite del recurso extraordinario de casación con el tiempo que este conlleva”⁵⁵, sobre todo, dada su avanzada edad y la carencia de ingresos para asegurar su subsistencia⁵⁶.

1. En cuanto al fondo del asunto, reiteró los argumentos expuestos en el escrito de tutela para sustentar la vulneración de sus derechos fundamentales.

4.3. Segunda Instancia⁵⁷

1. En sentencia del 10 de marzo de 2022, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo de primera instancia. El demandante “incumplió la condición de procedibilidad de la demanda de tutela”⁵⁸ al no haber agotado el recurso de casación⁵⁹. Sostuvo que la celeridad de la tutela “no se puede erigir en argumento suficiente y razonable para prescindir de tal instrumento de protección, con la marcada finalidad de que el actor se auto habilite para acudir de forma alternativa a la demanda de tutela”⁶⁰, máxime cuando “no está probada la presencia de algún perjuicio irremediable”⁶¹.

1. Actuaciones adelantadas en sede de revisión

1. El expediente de la referencia fue seleccionado para revisión de la Corte Constitucional mediante auto del 30 de junio de 2022, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número Seis.

1. Mediante auto del 31 de agosto de 2022⁶², el magistrado sustanciador pidió al accionante informar sobre su situación socioeconómica, actividad laboral y la integración de su núcleo familiar, así como aportar copia de su historia clínica. También requirió a Colpensiones informar sobre el régimen pensional aplicable a aquellos afiliados que únicamente cotizaron al Sistema de Seguridad Social en Pensiones con anterioridad a la fecha en que entró a regir el Acuerdo 049 de 1990, el número de reconocimientos pensionales que ha efectuado con

fundamento en dicho régimen en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, y allegar el expediente pensional del tutelante. Además, solicitó a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá informar si el accionante presentó el recurso extraordinario de casación contra la sentencia dictada por la autoridad judicial el 30 de noviembre de 2021, y aportar copia del salvamento y aclaración de voto presentados frente a la referida providencia. Finalmente, pidió a la Superintendencia de Notariado y Registro certificar si el tutelante registra como propietario de bienes inmuebles.

1. Respuestas aportadas en el trámite de revisión

1. Rafael Arévalo Rosales⁶³. Señaló que no cuenta con ningún ingreso que garantice su manutención, “viviendo de la caridad” de sus familiares, pues “por [la] enfermedad constitutiva de la invalidez [y su] edad, no pued[e] desarrollar ningún tipo de actividad laboral, así como tampoco [es] atractivo para acceder a una oferta de empleo”. Manifestó que es economista de profesión, “aclarando que nunca pud[o] ejercerla, por las condiciones de accesibilidad, adicional a [la] enfermedad generatriz de la invalidez y que pade[ce] desde hace varios años”. Indicó que “en un tiempo sostuv[o] un trabajo informal de venta de libros ambulantes”, pero las ganancias resultaban insuficientes para efectuar cotizaciones al sistema pensional; “posteriormente y con la terrible presencia de la enfermedad crónico-degenerativa que [lo] aqueja, no pud[o] continuar vendiendo libros, por lo que [su] familia se compadeció de [él] y comenzó a apoyar[lo] económicamente”. Sostuvo que sus familiares - hijos- “[lo] apoyan en las medidas de sus posibilidades y condiciones con el pago de un ancianato donde [le] brindan dormida y comida teniendo meses con presencia de deuda”. Agregó que no cuenta con bienes ni ingresos y que sus gastos mensuales ascienden a \$1.000.000.

1. El accionante aportó copia de su historia clínica, en la que se evidencia el diagnóstico de “1. Parkinson temprana HYY: 3 DX hace 12 años; 2. HTA; 3. Gastritis crónica”⁶⁴.

1. Colpensiones⁶⁵. Manifestó que “aplicar la tesis «amplia o moderna» de la condición más beneficiosa supone un costo de 1.3 billones de pesos⁶⁶”. Esto, por cuanto, de los 302.287 afiliados con 300 semanas o más cotizadas a 31 de marzo de 1994, “el número esperado de inválidos sobre los afiliados a diciembre de 2021 [...] es de 5.056 personas que equivaldría al 6,6% del total de pensionados actuales por invalidez”⁶⁷, de los cuales “el valor presente actuarial sobre los 5.056 posibles indemnizados es de 1,3% billones”⁶⁸.

1. Señaló que “desde el inicio de la operación de Colpensiones se han reconocido 168 pensiones de invalidez aplicando el Decreto 758 de 1990, cuya fecha de estructuración es posterior al 01/04/1994”⁶⁹. Además, informó que “en materia de invalidez y sobrevivientes, de acuerdo a la teoría del seguro y la doctrina laboral, la norma aplicable para definir el derecho es la que rige o se encuentra vigente a la fecha de estructuración de la invalidez o fallecimiento. Este ejercicio no involucra una revisión de los regímenes derogados a los que ha cotizado la persona”⁷⁰. También precisó que antes de que entrara a regir el Decreto 758 de 1990 se aplicaba el Decreto 232 de 1984 y, previo a este, el Decreto 3041 de 1966.

1. Por último, allegó copia del expediente administrativo del trámite de reconocimiento pensional correspondiente al señor Rafael Arévalo Rosales⁷¹.

1. Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá⁷². Solicitó negar la solicitud de tutela y “frente al traslado del material probatorio ordenado en auto del 31 de agosto de 2022” indicó estar “conforme al alcance legal que d[é] la instancia”.

1. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá⁷³. Remitió informe del proceso ordinario laboral No. 11001-31-05-016-2019-00804-01, promovido por Rafael Arévalo Rosales en contra de Colpensiones, junto con la aclaración de voto presentada por la magistrada Diana Marcela Camacho Fernández. Señaló que “el Doctor: LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR, salvó voto dentro del proceso de la referencia, salvamento que no se detectó en su momento para el pase al Despacho” y con el que tampoco cuenta, dado que “el DR. BARÓN en la actualidad ya no ejerce funciones”. Por otra parte, informó que el demandante interpuso recurso extraordinario de casación en contra de la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2021, el cual fue concedido mediante auto del 17 de mayo de 2022.

1. Superintendencia de Notariado y Registro⁷⁴. Informó que “el señor Rafael Arévalo Rosales, identificado con cédula de ciudadanía No. 9.077.897, no registra bienes inmuebles en las ORIP a nivel nacional”.

1. Mediante auto del 18 de octubre de 2022 la Sala suspendió los términos del presente proceso con la finalidad de reunir y valorar todo el acervo probatorio del expediente y el allegado en sede de revisión.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1. La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos

de tutela proferidos dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86.3 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Delimitación del caso, problema jurídico y metodología de la decisión

1. El asunto bajo examen versa sobre la presunta vulneración de los derechos fundamentales del accionante al debido proceso, a la dignidad humana, a la seguridad social y a la igualdad. La vulneración alegada se habría derivado de la negativa de las autoridades judiciales accionadas de reconocer la pensión de invalidez solicitada por el actor con fundamento en las exigencias previstas en el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

1. El juez de primera instancia declaró improcedente la solicitud de amparo al considerar que el accionante debía agotar el recurso extraordinario de casación, al ser el mecanismo idóneo para cuestionar la decisión del Tribunal. Según indicó, “en el proceso cuestionado, bien pudo la parte actora interponer el recurso extraordinario de casación contra la decisión cuestionada, pues éste era el medio defensivo idóneo llamado a ser activado contra la sentencia del tribunal; no obstante, se observa que el promotor no activó el citado mecanismo; por cuanto afirmó que no era «eficaz ni eficiente para la situación que presento», argumentos que no son de recibo”⁷⁵. Para el a quo, “se trata de una omisión imputable al extremo accionante, que genera los resultados adversos que ahora no pueden ser achacados a quienes conocieron del asunto, pues se deben precisamente, a su actuar incurioso y negligente en la medida que debió agotar el mecanismo idóneo para formular allí sus inconformidades respecto de la decisión del tribunal [...]”⁷⁶. De allí que “no es permitido que quien obra de manera descuidada [...] pretenda la enmienda de su culpa mediante esta vía preferente, residual y sumaria”⁷⁷.

1. El juez de segunda instancia confirmó la decisión. Señaló que “con ocasión al requisito de

la residualidad de la demanda de amparo, los conflictos jurídicos relacionados con las garantías fundamentales deben ser, en principio, definidos por las vías ordinarias y extraordinarias”⁷⁸, por lo que “[s]ólo ante la ausencia de dichos senderos o cuandos los mismos no son idóneos para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de tutela” ⁷⁹. En esos términos, consideró que “resulta inviable conceder el amparo solicitado por Rafael Arévalo Rosales, porque, tal y como lo sostuvo el a quo constitucional, incumplió la condición de procedibilidad de la demanda de tutela: emplear el mecanismo de la casación, con el objeto de salvaguardar sus intereses, contra la determinación de segundo grado reprochada”⁸⁰.

1. Además, estimó que el actor, “sin justificación alguna, [...] dejó de activar el aludido medio de defensa que tenía a su alcance, en aras de refutar la referida decisión y obtener, por esa vía, el estudio de fondo de su caso por la máxima autoridad judicial en materia laboral”⁸¹, por lo que “no es de recibo [...] el argumento empleado [...] para desacreditar el mecanismo de la casación, por cuanto la celeridad, per se, no se puede erigir en argumento suficiente y razonable para prescindir de tal instrumento de protección, con la marcada finalidad de que el actor se auto habilite para acudir de forma alternativa a la demanda de tutela”⁸², “máxime cuando no está demostrada la presencia de algún perjuicio irremediable [...] que permita la intromisión del juez constitucional en este evento”⁸³.

1. En virtud de lo anterior, la Sala precisará si en el asunto bajo examen era dable declarar improcedente la solicitud de amparo, en los términos expuestos por los jueces de tutela de primera y segunda instancia. En caso contrario, le corresponderá determinar si la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, a la dignidad humana, a la vida digna, a la seguridad social e igualdad del tutelante, al proferir las sentencias del 29 de septiembre de 2021 y del 30 de noviembre de 2021, respectivamente, mediante las cuales negaron el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con base en los requisitos dispuestos por el Acuerdo 049 de 1990, pese a que el accionante cotizó 481,72 semanas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de

1993 y en los 6 años anteriores a la estructuración de la invalidez.

1. Para resolver el problema jurídico, la Sala se pronunciará de manera general respecto de (i) la pensión de invalidez y (ii) el principio de la condición más beneficiosa para el acceso a dicha prestación. A su vez, y dado que está en discusión el derecho a la seguridad social de una persona de la tercera edad, calificada con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, la Sala considera necesario pronunciarse, igualmente, de manera abstracta, sobre (iii) el deber de las administradoras de fondos de pensiones de informar a los afiliados sobre las alternativas de protección previstas por el Sistema General de Seguridad Social, y (iv) los mecanismos dispuestos para la cobertura del riesgo de vejez de las personas en situación de discapacidad. Posteriormente, y a partir de estos elementos de contexto del caso, (v) verificará si en el sub iudice se cumplen los requisitos de procedencia de la tutela contra providencias judiciales y, en caso de superar dicho examen, se pronunciará frente al caso concreto.

1. La pensión de invalidez

1. La pensión de invalidez es una prestación cuya finalidad es proteger a quien ha sufrido una enfermedad o accidente de origen común o laboral, que disminuye o anula su capacidad laboral⁸⁴. De allí que su objeto sea proveer un ingreso a la persona en condición de invalidez⁸⁵, para que pueda satisfacer sus necesidades, de tal forma que pueda gozar de una vida digna.

1. En cuanto al reconocimiento de esta prestación, el Decreto 3041 de 1966 dispuso su acceso para los asegurados declarados “inválidos permanentes”⁸⁶, que contasen con 150 semanas de cotización en los 6 años anteriores a la invalidez, 75 de las cuales debían corresponder a los últimos 3 años⁸⁷. Luego, el Decreto 232 de 1984 determinó su reconocimiento para los afiliados “inválidos permanentes”⁸⁸, que acreditaran 150 semanas

en los 6 años anteriores a la invalidez o 300 semanas en cualquier época⁸⁹.

1. Posteriormente, el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, dispuso el otorgamiento de la pensión para la persona dictaminada como “inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido”⁹⁰, que hubiese cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha de la invalidez, o 300 semanas en cualquier época con anterioridad a dicho estado.

1. El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que estableció el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones⁹¹, determinó el reconocimiento de la pensión para: (a) el afiliado cotizante que hubiese aportado por lo menos 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez, o; (b) que, habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiese aportado por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la invalidez.

1. Actualmente, el artículo 6º de la Ley 860 de 2003 prevé el acceso a la prestación para el afiliado en condición de invalidez que hubiese cotizado 50 semanas en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

1. El principio de la condición más beneficiosa para el acceso a la pensión de invalidez y su creación jurisprudencial

1. Si bien el legislador estructuró un régimen de transición para proteger las expectativas de los afiliados frente a los cambios normativos realizados para el acceso a la pensión de vejez⁹², no dispuso un régimen semejante respecto de la pensión de invalidez con ocasión de las modificaciones normativas efectuadas mediante el Acuerdo 049 de 1990, la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003. Para suplir dicho vacío normativo, la jurisprudencia de la Corte

Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia han acudido al principio de la condición más beneficiosa.

1. Pese a que ambas corporaciones coinciden en que la condición más beneficiosa tiene la finalidad de “proteger las expectativas legítimas de los afiliados que cotizaron en regímenes pensionales anteriores pero no cumplen con las condiciones de las normas vigentes al momento de la estructuración de su invalidez”⁹³, difieren en cuanto al alcance del principio⁹⁴.

1. Para la Corte Suprema de Justicia, el principio permite aplicar el requisito del número de semanas de cotización previsto en la Ley 100 de 1993 a supuestos en los que la invalidez se estructura dentro de los tres años posteriores a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003. Sin embargo, no habilita la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 para situaciones de invalidez estructuradas en vigencia de la Ley 860 de 2003, en tanto este principio no supone una búsqueda histórica de normas orientadas a encontrar aquella que mejor se ajuste a la situación pensional del afiliado.

1. Para la Corte Constitucional, si bien la condición más beneficiosa no se restringe a “admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima”⁹⁵, sólo resulta razonable y proporcionado aplicar ultractivamente el Acuerdo 049 de 1990, en relación con el número de semanas de cotización, a situaciones de invalidez estructuradas en vigencia de la Ley 860 de 2003, siempre que se trate de personas en situación de vulnerabilidad, esto es, aquellas que acrediten las exigencias del “test de procedencia” unificado en la Sentencia SU-556 de 2019, el cual permite valorar: (i) la situación de vulnerabilidad del solicitante, (ii) la afectación de su mínimo vital, (iii) la razonabilidad de los motivos por los cuales no efectuó las cotizaciones para acceder a la prestación regulada en la ley vigente al momento de la estructuración de la invalidez, y (iv) las actuaciones realizadas para solicitar su reconocimiento.

2. El “test de procedencia” unificado en la Sentencia SU-556 de 2019 permite valorar la eficacia del medio ordinario dispuesto para solicitar la pensión de invalidez, cuando el accionante no ha agotado todos los mecanismos judiciales ordinarios y extraordinarios disponibles para cuestionar la negativa de reconocimiento de la pensión bajo las exigencias del Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Este impone al juez constitucional el deber de verificar que el accionante –esto es, quien aspira al reconocimiento de la pensión– acredite las 4 condiciones referidas, cada una necesaria y en conjunto suficientes, para la procedencia de la tutela. Este test se desarrollará en el acápite correspondiente al examen de procedibilidad de la solicitud de tutela en el caso concreto. Solo quienes acrediten las exigencias de dicho test en vigencia de la Ley 860 de 2003 podrán solicitar la aplicación del requisito de densidad de semanas de cotización previsto por el Acuerdo 049 de 1990 en sede de tutela –en caso contrario, la demanda habrá de rechazarse por no superar la exigencia de subsidiariedad–.

1. En todo caso, tratándose de solicitudes de tutela contra providencias judiciales, según lo indicado por esta corporación en la reciente Sentencia SU-038 de 2023, el requisito de subsidiariedad se considera agotado “respecto de quienes no disponen de ningún otro mecanismo de protección judicial porque acudieron a las acciones y recursos previstos en el ordenamiento jurídico y culminaron las etapas procesales respectivas”. En estos supuestos, “no es necesario que el juez constitucional valore nuevamente la subsidiariedad de conformidad con el test mencionado”.

1. Ahora bien, para la resolución del fondo de los casos, la Sentencia SU-038 de 2023 reiteró el alcance del precedente contenido en la Sentencia SU-556 de 2019, en los siguientes términos: “de acuerdo con lo establecido en la Sentencia SU-556 de 2019, el reconocimiento de la pensión de invalidez para quienes cumplieron los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 y pretenden que se acuda de manera ultractiva a esa normativa a partir de la condición más beneficiosa, es excepcional y solo puede otorgarse a quienes tienen situaciones actuales de vulnerabilidad”. Es decir que el Acuerdo 049 de 1990, por la vía de la condición más beneficiosa, “«solo es aplicable a los afiliados-tutelantes en situación de

vulnerabilidad, esto es, aquellos que superen el test de procedencia [unificado en la Sentencia SU-556 de 2019m pues] [s]olo respecto de estas personas es evidente una afectación intensa a sus derechos fundamentales»”.

1. En esos términos, “la situación de vulnerabilidad del accionante [...] [es la] condición para la aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990 por la vía de la condición más beneficiosa”, de allí que solo luego de esta valoración sea posible juzgar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el citado acuerdo para el reconocimiento pensional: (i) contar con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, estructurada en vigencia de la Ley 860 de 2003; (ii) no acreditar 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, según lo dispuesto por la Ley 860 de 2003, y; (iii) cumplir con el número mínimo de semanas de cotización exigidas por el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990, antes de la fecha de estructuración de la invalidez.

1. El deber de las administradoras de fondos de pensiones de informar a los afiliados sobre las alternativas de protección previstas por el Sistema General de Seguridad Social

1. Los afiliados al Sistema General de Pensiones tienen el derecho de “recibir una adecuada educación respecto de los diferentes productos y servicios ofrecidos, los costos que se generan sobre los mismos, sus derechos y obligaciones, así como sobre los diversos mecanismos de protección establecidos para la defensa de sus derechos”⁹⁶, lo que implica, a su vez, su facultad de “exigir la debida diligencia, asesoría e información en la prestación del servicio por parte de las administradoras”⁹⁷. Por esto, las administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de proteger al afiliado, en su condición de consumidor financiero, y, por tanto, (i) actuar con la debida diligencia, y (ii) brindar información transparente, cierta, suficiente y oportuna.

1. De un lado, las administradoras de fondos de pensiones deben actuar con la debida diligencia, es decir, con profesionalismo en el ofrecimiento de sus productos y/o en la prestación de sus servicios, con el fin de que los afiliados reciban la información y/o atención debida y respetuosa acerca de las opciones de afiliación a los regímenes pensionales, así

como de los beneficios y riesgos, para que puedan tomar decisiones informadas.

1. De otro lado, deben suministrar información cierta, suficiente, clara y oportuna, que permita a los consumidores financieros conocer adecuadamente sus derechos, obligaciones y los costos que aplican en cada uno de los regímenes pensionales⁹⁸. Una de las dimensiones de esta obligación consiste en informar las alternativas dispuestas por el Sistema General de Seguridad Social para garantizar las prerrogativas ius fundamentales de los afiliados, entre estas, las prestaciones y los mecanismos de protección previstos para quienes no cumplen con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez⁹⁹.

1. En ese contexto, y dado que las administradoras de fondos de pensiones deben actuar de manera diligente y brindar información cualificada¹⁰⁰ durante toda la relación contractual o legal¹⁰¹, ante la decisión negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, es deber de la entidad informarle al afiliado sobre los mecanismos dispuestos por el sistema para la protección del riesgo de vejez de las personas en situación de discapacidad, entre los que se encuentran: (i) la pensión especial de vejez anticipada por invalidez, (ii) el programa del subsidio del aporte a pensión y (iii) el servicio social complementario de los beneficios económicos periódicos -BEPS-¹⁰², a los cuales se hace referencia seguidamente.

1. Los mecanismos dispuestos para la cobertura del riesgo de vejez de las personas en situación de discapacidad

1. La pensión especial de vejez anticipada por invalidez

1. El párrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la

Ley 797 de 2003, prevé el acceso a una pensión anticipada de vejez por invalidez para “las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma continua o discontinua 1.000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993”¹⁰³.

1. A diferencia de la pensión de invalidez, que se otorga al afiliado declarado inválido, esto es, aquel calificado con un 50% o más de pérdida de capacidad laboral –porcentaje resultante de la sumatoria de los puntajes correspondientes a los criterios de deficiencia, discapacidad y minusvalía¹⁰⁴–, la pensión anticipada de vejez por invalidez se concede al afiliado dictaminado con el 50% o más de deficiencia¹⁰⁵. Es decir, el sistema pensional prevé una prestación especial para quienes acrediten solo uno de los criterios que integran la calificación total de la invalidez: la deficiencia, siempre que cuenten con 55 años y hayan cotizado 1.000 o más semanas¹⁰⁶.

1. El programa del subsidio del aporte a pensión

1. El Fondo de Solidaridad Pensional creado mediante el artículo 25 de la Ley 100 de 1993 tiene por finalidad “lograr una maximización en la cobertura del Sistema General de Pensiones”¹⁰⁷. Cuenta con dos mecanismos: un subsidio a la cotización, que debe efectuar la persona para consolidar la densidad de semanas exigidas para el acceso a la pensión de vejez¹⁰⁸ y una subvención, que busca suplir las necesidades básicas de las personas que se encuentran en estado de pobreza extrema o indigencia¹⁰⁹.

1. En relación con el primer mecanismo –que es el relevante en el caso objeto de estudio–, su finalidad es “reemplazar los aportes del empleador y del trabajador, o de este último en caso de que tenga la calidad de trabajador independiente, hasta por un salario mínimo como base de cotización”¹¹⁰, y beneficia, entre otras, a aquellas personas que se encuentren en situación de discapacidad física, psíquica y sensorial¹¹¹. El subsidio del aporte a la pensión

es parcial¹¹² y temporal¹¹³, por lo que exige del beneficiario realizar un esfuerzo para el pago parcial del aporte a pensión a su cargo¹¹⁴.

1. La concesión del subsidio está sujeta, además, a que el beneficiario se encuentre afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud y a que acredite alguna de las siguientes condiciones alternativas: (i) ser mayor de 35 años y menor de 55 años si se encuentra afiliado a Colpensiones, o menor de 58 años si se encuentra afiliado a otro fondo de pensiones siempre y cuando no tenga un capital suficiente para financiar una pensión mínima, y cuente con 250 semanas previas al otorgamiento del subsidio con independencia del régimen al que pertenezca, o (ii) ser mayor de 55 años si se encuentra afiliado a Colpensiones, o 58 años si se encuentra afiliado a otro fondo de pensiones siempre y cuando no tenga un capital suficiente para financiar una pensión mínima, y cuente con quinientas (500) semanas previas al otorgamiento del subsidio con independencia del régimen al que pertenezca¹¹⁵.

1. El servicio social complementario de los beneficios económicos periódicos -BEPS-

1. Los servicios sociales complementarios son prestaciones adicionales a las previstas en el Sistema de Seguridad Social en Pensiones y tienen por finalidad auxiliar a las personas de escasos recursos que no satisfacen las condiciones para acceder a una pensión, “a alcanzar un ingreso durante su vejez o para complementar los aportes ya realizados al sistema, a través de la consignación de nuevos aportes periódicos”¹¹⁶. Entre estos, se encuentra el programa de beneficios económicos periódicos -BEPS- creado mediante la Ley 1328 de 2009 como “un mecanismo individual, independiente, autónomo y voluntario de protección para la vejez”¹¹⁷, que busca garantizar que las personas de escasos recursos obtengan, hasta su muerte, un ingreso periódico, personal e individual.

1. Los BEPS “no constituyen «una pensión en el sentido del artículo 48 de la Carta» de

manera estricta, «sino un tipo especial de pensión semicontributiva» excluida del régimen pensional general”¹¹⁸. En esos términos, hacen parte de un ahorro o aporte voluntario o flexible realizado en el respectivo año, sin limitaciones de periodicidad o cuantía, sobre el cual el Estado otorga un incentivo periódico, que consiste en un aporte económico que se calcula anualmente de manera individual para cada beneficiario¹¹⁹, equivalente al 20% del valor ahorrado¹²⁰.

1. Para el ingreso al servicio social complementario de los BEPS, el solicitante debe acreditar: (i) la condición de ciudadano colombiano y (ii) percibir ingresos inferiores a 1 salario mínimo mensual legal vigente¹²¹.

1. Procedencia excepcional de la tutela contra providencias judiciales

1. De acuerdo con el artículo 86 superior, toda persona puede reclamar ante los jueces, en ejercicio de la tutela, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad¹²² o, en los casos que establezca la ley, de los particulares¹²³, cuando no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

1. La jurisprudencia constitucional ha admitido la procedencia excepcional de la tutela para enfrentar aquellas situaciones en que las autoridades judiciales incurren en graves falencias, de relevancia constitucional, “las cuales tornan la decisión incompatible con la Constitución”¹²⁴. Dada su excepcionalidad, la tutela contra providencias judiciales debe cumplir los requisitos generales y específicos de procedencia reiterados a partir de la Sentencia C-590 de 2005¹²⁵.

1. En primer lugar, la solicitud de tutela debe acreditar los siguientes requisitos generales: (i) que exista legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva, (ii) que la cuestión que se discuta tenga relevancia constitucional, esto es, que involucre la posible vulneración de los derechos fundamentales de las partes; (iii) subsidiariedad, en el sentido de que se hubieren agotado los recursos ordinarios y extraordinarios al alcance del accionante dentro del proceso en que se profirió la decisión cuestionada, excepto que, atendiendo a las circunstancias en que se encuentre, no sean eficaces, o que la tutela pretenda evitar la consumación de un perjuicio irremediable; (iv) inmediatez, o sea, que la solicitud se interponga en un término razonable y proporcionado a partir del presunto hecho que originó la vulneración alegada; (v) cuando se trate de una irregularidad procesal, que esta tenga incidencia en la providencia que se impugna; (vi) identificación razonable de los hechos que generan la vulneración y los derechos vulnerados, y que estos hayan sido cuestionados dentro del proceso judicial, en cuanto ello hubiere sido posible, y; (vii) que no se dirija contra una sentencia de tutela, salvo que hubiese existido fraude en su adopción. En caso de que no se acredite el cumplimiento de alguno de estos requisitos, la solicitud debe declararse improcedente.

1. En segundo lugar, para que la tutela resulte favorable a los intereses de quien la ejerce, se debe verificar al menos una de las causales específicas de procedencia contra providencias judiciales: “a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada carece, absolutamente, de competencia para ello. || b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. || c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. || d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. || f. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. || g. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y

jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. || h. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. || i. Violación directa de la Constitución”¹²⁶.

1. Así, solo en la medida en que concurra la acreditación de cada uno de los requisitos genéricos de procedibilidad y, por lo menos, una causal específica, es viable la intervención del juez constitucional para conjurar la presunta vulneración de los derechos fundamentales¹²⁷.

1. Con fundamento en lo anterior, la Sala procederá a verificar si en el presente asunto se supera el examen de procedencia de la tutela contra providencias judiciales, para lo cual pasará a estudiar las exigencias genéricas de procedibilidad.

1. Verificación de los requisitos generales de procedencia

1. Legitimación en la causa¹²⁸

1. En el asunto sub examine se satisface el requisito de legitimación en la causa tanto por activa como por pasiva.

1. De un lado, se acredita la legitimación en la causa por activa¹²⁹, por cuanto el señor

Rafael Arévalo Rosales es el titular y tiene interés en la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, a la tutela judicial efectiva, a la dignidad humana, a la vida digna, a la seguridad social e igualdad, presuntamente vulnerados como consecuencia de las sentencias dictadas el 29 de septiembre de 2021 y el 30 de noviembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, respectivamente, en el marco del proceso ordinario laboral promovido por el tutelante en contra de Colpensiones, en el que le fue negado el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con las exigencias previstas por el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

1. De otro lado, se satisface la legitimación en la causa por pasiva respecto de el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al ser las autoridades judiciales que profirieron las decisiones que, según el accionante, vulneraron sus derechos fundamentales.

1. Frente a Colpensiones no se predica la legitimación en la causa por pasiva, toda vez que esta entidad no produjo las providencias judiciales que se acusan de haber vulnerado los derechos fundamentales del actor. Sin embargo, tiene la calidad de tercero con interés, por estar vinculada jurídicamente con el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez reclamada por el tutelante y, por ende, puede verse afectada por la decisión que eventualmente se adopte en el presente proceso.

1. Relevancia constitucional

1. El asunto sometido a consideración de la Sala cuenta con relevancia constitucional toda vez que involucra la posible vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso (artículo 29 de la Constitución), a la tutela judicial efectiva (artículo 229 ibídem), a la dignidad humana y a la vida digna (artículo 1 ibídem), a la seguridad social (artículo 48

ibídem) y a la igualdad (artículo 13 ibídem) de una persona de la tercera edad en situación de invalidez, como consecuencia de la presunta inaplicación del principio constitucional de la condición más beneficiosa (artículo 53 ibídem) para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

1. Además, el caso implica la tensión entre el respeto a la garantía del juez natural, a la autonomía e independencia de la jurisdicción ordinaria laboral frente a la interpretación del contenido y alcance del principio de la condición más beneficiosa por parte de la jurisdicción constitucional, en solicitudes pensionales por invalidez en las que se pretende la aplicación del régimen “plus ultractivo” previsto por el Acuerdo 049 de 1990.

1. Inmediatez

1. La solicitud de tutela fue interpuesta dentro de un término oportuno y razonable, a partir del momento en que las autoridades judiciales profirieron las sentencias cuestionadas. En efecto, entre la presentación de la tutela y la ejecutoria de la decisión de segunda instancia cuestionada transcurrió aproximadamente 1 mes y 11 días, como a continuación se aprecia:

a. Decisión judicial cuestionada

a. Presentación de la tutela

Término que transcurrió entre (a) y (b)

Sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá el 29 de septiembre de 2021

11 de enero de 2022

3 meses y 12 días

Sentencia de segunda instancia dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de noviembre de 2021

1 mes y 11 días

1. Subsidiariedad y estándar de unificación previsto en las sentencias SU-556 de 2019 y SU-038 de 2023

1. Según lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”¹³⁰ y, ante la existencia de otros mecanismos de protección, aquella procederá (i) cuando el medio o recurso principal no resulte idóneo o eficaz, “atendiendo las circunstancias en que se encuentra”¹³¹ el solicitante, o (ii) cuando “se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”¹³².

1. Por regla general, la tutela no puede emplearse para reclamar acreencias pensionales, dada la existencia de medios judiciales ordinarios ante la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha admitido la procedencia del mecanismo de amparo frente a personas en situación de vulnerabilidad que solicitan la pensión de invalidez con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa¹³³.

1. Justamente, mediante la Sentencia SU-556 de 2019 esta Corte unificó su jurisprudencia en el sentido de que, en aquellos eventos en los que el problema jurídico sustancial del caso suponga el análisis del principio de la condición más beneficiosa para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, resulta razonable y proporcionado interpretar el postulado constitucional en el sentido de aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049

de 1990, en lo que respecta a la exigencia de densidad de semanas de cotización, a pesar de que la condición de invalidez del solicitante se hubiese estructurado en vigencia de la Ley 860 de 2003, solo respecto de personas en situación de vulnerabilidad, esto es, que satisfagan las siguientes 4 condiciones, cada una necesaria y en conjunto suficientes, del test de procedencia allí fijado¹³⁴, a saber:

Test unificado de procedencia (Sentencia SU-556 de 2019)

(i) Que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez¹³⁵, pertenezca a un grupo de especial protección constitucional o se encuentre en uno o varios supuestos de riesgo, derivados de condiciones como el analfabetismo, vejez, pobreza extrema, cabeza de familia, desplazamiento o padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa.

(iii) La razonabilidad de los argumentos que proponga el accionante para justificar su imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigentes al momento de la estructuración de la invalidez.

(iv) La actuación diligente del tutelante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

1. En cuanto a la aplicación de este test, en la Sentencia SU-038 de 2023 se señaló que, cuando se promueven demandas de tutela contra providencias judiciales, si “los accionantes no disponen de ningún otro mecanismo de protección judicial, porque acudieron a las acciones y recursos previstos en el ordenamiento jurídico y culminaron las etapas procesales respectivas, se considera acreditada la exigencia de subsidiariedad”. En esos casos, “cuando se pretende el reconocimiento de una pensión de invalidez con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa, la Sala Plena descarta la aplicación del test de procedencia adoptado en la Sentencia SU-556 de 2019 cuando los accionantes han agotado los medios de defensa judiciales disponibles”. En todo caso, como bien se indicó allí, la acreditación del test constituye un presupuesto indispensable para demostrar la situación de vulnerabilidad que

habilita la aplicación plus ultractiva de las exigencias previstas en el Acuerdo 049 de 1990 para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa, aspecto que se relaciona con la valoración del fondo –y no ya solo con la de procedencia– del caso.

1. En el presente asunto, Rafael Arévalo Rosales presentó solicitud de tutela en contra de las decisiones dictadas en primera y segunda instancia por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, respectivamente, que negaron el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con las exigencias previstas por el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Al presentar la demanda de tutela, el accionante manifestó que no había acudido al recurso extraordinario de casación porque “«no es eficaz ni eficiente para la situación que present[a], pues este máximo tribunal debe ser consciente que la resolución de este tipo de ataques se está demorando aproximadamente cinco (05) años, tiempo en el cual no v[a] a contar con ingresos para [su] vejez y [continuará] viviendo precarias condiciones que [le] cohiben de tener una vida y vejez en condiciones dignas»”¹³⁶.

1. Con fundamento en lo anterior, el juez de primera instancia declaró improcedente la tutela por el incumplimiento del requisito de subsidiariedad, al considerar que, si “bien pudo la parte actora interponer el recurso extraordinario de casación contra la decisión cuestionada, pues éste era el medio defensivo idóneo llamado a ser activado contra la sentencia del tribunal”¹³⁷, dicho mecanismo no fue empleado. En la misma línea, el juez de segunda instancia consideró que “resulta inviable conceder el amparo solicitado por Rafael Arévalo Rosales, porque, tal y como lo sostuvo el A quo constitucional, incumplió la condición de procedibilidad de la demanda de tutela: emplear el mecanismo de casación, con el objeto de salvaguardar sus intereses, contra la determinación de segundo grado reprochada”, máxime que, “sin justificación alguna, el accionante dejó de activar el aludido medio de defensa que tenía a su alcance”¹³⁸.

1. Si bien era evidente que el actor no había agotado la totalidad de recursos judiciales a su disposición –pues no interpuso el extraordinario de casación–, esta constatación no era suficiente para que los jueces de tutela de instancia declararan improcedente la acción, en atención al precedente contenido en la Sentencia SU-556 de 2019, posteriormente refinado en la Sentencia SU-038 de 2023.

1. Como se indica en la Sentencia SU-038 de 2023 “el requisito de subsidiariedad respecto de este tipo de decisiones supone el agotamiento de todos los medios de defensa judicial al alcance de la persona afectada”, lo que exige verificar si “se han surtido todos los recursos disponibles, tanto administrativos como judiciales en el marco del proceso ordinario laboral”¹³⁹ y, en caso de no haberse empleado, valorar si, conforme a las particulares circunstancias del caso, dichos mecanismos resultaban idóneos y eficaces para resolver la controversia. Además, “el examen de subsidiariedad del amparo supone verificar en el caso concreto la satisfacción de las cuatro condiciones fijadas en la sentencia SU-556 de 2019, que conforman el «test de procedencia» de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez en virtud del principio de la condición más beneficiosa”¹⁴⁰. Esto es así, por cuanto sólo “cuando los accionantes no disponen de ningún otro mecanismo de protección judicial porque acudieron a las acciones y recursos previstos en el ordenamiento jurídico y culminaron las etapas procesales respectivas, se considera acreditada la exigencia de subsidiariedad”¹⁴¹ y, por consiguiente, “no es necesario que el juez constitucional valore nuevamente la subsidiariedad de conformidad con el test mencionado”¹⁴² para emprender el análisis del fondo del asunto.

1. Como seguidamente se explica, en el asunto bajo examen no se satisface la exigencia de subsidiariedad, no solo porque (i) no se agotó el recurso extraordinario de casación (recurso judicial idóneo y eficaz para cuestionar las decisiones que en el marco del proceso ordinario laboral promovido en contra de Colpensiones le negaron el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez), como lo indicaron los jueces de tutela de instancia, sino porque, además, (ii) no se supera el test de procedencia unificado en la Sentencia SU-556 de 2019, en los términos de la precisión jurisprudencial realizada en la Sentencia SU-038 de 2023, por

lo que no acredita una condición de vulnerabilidad que permita al juez de tutela el estudio de la controversia pensional por invalidez que propone.

i. El accionante dispone de un recurso judicial idóneo y eficaz

1. En primer lugar, el recurso extraordinario de casación resultaba ser el medio de defensa judicial idóneo, dada su aptitud para proteger los derechos fundamentales del tutelante.

1. Sobre la aptitud del recurso extraordinario de casación para “exponer los reparos que hoy indebidamente plantean por este medio excepcional”¹⁴³, esta Corporación ha señalado que “es un mecanismo prima facie idóneo y efectivo para proteger los derechos fundamentales de los demandantes que son amenazados o vulnerados por los jueces de instancia en los procesos ordinarios laborales”¹⁴⁴. Si bien la casación es un recurso extraordinario, excepcional y dispositivo, tiene un fundamento constitucional expreso¹⁴⁵, por lo que constituye un “mecanismo jurídico idóneo para la protección de derechos fundamentales”¹⁴⁶, que, “con su carácter propio, se armoniza con los mandatos constitucionales, según el principio de prevalencia tanto de los derechos fundamentales, como del derecho sustancial sobre las formas (arts. 4º, 5 y 228 C.P.)”¹⁴⁷.

1. Habida cuenta de que la Corte Suprema de Justicia es el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, de su competencia para actuar como tribunal de casación¹⁴⁸ se deriva “la potestad de establecer las reglas de interpretación de las normas laborales y de la seguridad social”¹⁴⁹, con la finalidad de “defender la unidad e integridad del ordenamiento jurídico, lograr la eficacia de los instrumentos internacionales suscritos por Colombia en el derecho interno, proteger los derechos constitucionales, controlar la legalidad de los fallos [,] reparar los agravios irrogados a las partes con ocasión de la providencia recurrida” y, en particular, unificar la jurisprudencia sobre los asuntos sometidos a su conocimiento¹⁵⁰.

1. En ese sentido, dado que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia puede rectificar las posibles infracciones al derecho sustancial cometidas por los jueces en el marco del proceso judicial, “la Corte Constitucional ha declarado la improcedencia de acciones de tutela en las que se solicitaba el reconocimiento de prestaciones pensionales al comprobar que: (i) el accionante no había agotado el recurso de casación [o]; (ii) el recurso de casación se encontraba en curso”¹⁵¹.

1. En esos términos, la solicitud de amparo es improcedente dado que el accionante acudió a la tutela, pese a haber presentado el recurso de casación para cuestionar la decisión que estima lesiva de sus garantías constitucionales. Como informó la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el trámite de revisión, “la apoderada de la parte demandante dentro del término legal, [sic] interpuso recurso extraordinario de casación contra el fallo proferido en esta instancia el treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), dado su resultado adverso”¹⁵². Además, el 31 de agosto de 2022 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia admitió el recurso y el 16 de noviembre de 2022 calificó la demanda presentada considerando que “satisface las exigencias formales externas de ley” y le dio traslado de esta a Colpensiones, para que se pronunciara en su calidad de opositor¹⁵³. En consecuencia, el trámite de casación se encuentra en curso.

1. En segundo lugar, el recurso extraordinario de casación es un mecanismo eficaz para resolver las inconformidades del actor frente a la decisión judicial cuestionada. Pese a que el accionante manifestó que, “frente a los recursos extraordinarios, es importante tener en cuenta que la acción posiblemente reuniría los requisitos para la procedencia del trámite de casación, actuar que no es eficaz ni eficiente para la situación que presento, pues este máximo tribunal debe ser consciente que la resolución de este tipo de ataques se están demorando aproximadamente cinco (05) años, tiempo en el cual no voy a contar con ingresos para mi vejez y viviendo precarias condiciones que me cohiben de tener una vida y vejez en condiciones dignas”¹⁵⁴, la casación es un medio eficaz que permite brindar una protección expedita de los derechos fundamentales y estudiar oportunamente los presuntos

errores en los que habría incurrido la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en la sentencia de segunda instancia proferida el 30 de noviembre de 2021.

1. Dicha eficacia queda demostrada en el caso concreto, si se tiene en cuenta la actuación oportuna y sin dilaciones de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en relación con el trámite del recurso, pues la demanda de casación fue admitida aproximadamente 3 meses después de que el expediente le fue remitido¹⁵⁵. En efecto, el 21 de enero de 2022 el demandante interpuso el recurso de casación¹⁵⁶, el cual fue concedido por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 17 de mayo de 2022. El expediente fue remitido a la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 1 de junio de 2022 y repartido y radicado en esa corporación el 12 de agosto de 2022¹⁵⁷. El 31 de agosto de 2022, la Sala de Casación Laboral admitió el recurso y el 16 de noviembre de 2022 encontró que cumplía con las exigencias formales previstas por la ley para su trámite.

1. Conforme a lo expuesto, el término en que se han surtido las actuaciones del recurso de casación es oportuno y razonable.

1. Por otra parte, es cierto que la jurisprudencia constitucional ha admitido que “la acción de tutela procede como mecanismo de amparo en casos de tardanza o mora en el trámite del recurso extraordinario de casación en materia laboral”¹⁵⁸, esto es, “cuando la eficacia de los derechos fundamentales como el debido proceso, la seguridad social y el mínimo vital, depende, bien sea de que la Sala de Casación Laboral resuelva el recurso sometido a su conocimiento, o de que se ordene a la entidad responsable el pago provisional de una prestación pensional, mientras que en sede de casación se decide de fondo el asunto”. En estos eventos, “a fin de preservar el carácter residual y subsidiario del amparo constitucional, la Corte ha examinado la conducta del accionante frente a la reclamación de sus derechos, por ejemplo, verificando si aquel ha solicitado al magistrado sustanciador de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que imprima celeridad a su proceso por cuenta de sus circunstancias particulares”¹⁵⁹.

1. Con todo, en el asunto bajo análisis no se advierte un evento de mora judicial que ponga en riesgo el derecho al debido proceso (en su faceta de obtener una decisión sin dilaciones injustificadas y dentro del plazo razonable)¹⁶⁰ y de acceso a la administración de justicia del actor. Tampoco se evidencia que el tutelante hubiese solicitado a la autoridad judicial imprimirle celeridad a la decisión del recurso ni que hubiese pedido el reconocimiento de la pensión de invalidez como medida provisional.

1. En consecuencia, dado que el accionante acudió a la tutela sin haber agotado todos los mecanismos judiciales a su disposición, entre estos, el recurso extraordinario de casación, el cual constituye el medio idóneo y eficaz para solucionar la controversia, no es dable considerar acreditada la subsidiariedad y, por tanto descartar la aplicación del test de procedencia adoptado en la Sentencia SU-556 de 2019, tal y como se precisó la regla de unificación, de manera reciente, en la Sentencia SU-038 de 2023.

i. El accionante no acredita una situación de vulnerabilidad, al no satisfacer las exigencias del test de procedencia unificado en la Sentencia SU-556 de 2019

1. La Sala advierte que el tutelante no se encuentra en una situación de vulnerabilidad que desvirtué la eficacia en concreto del mecanismo judicial principal para la garantía de los derechos que ampara el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y, por tanto, que permita valorar su situación a partir del principio de la condición más beneficiosa, en el sentido de aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, en lo que respecta a la exigencia de densidad de semanas de cotización. Esto es así, dado que, como seguidamente se explica, no se acreditan, de manera suficiente y en conjunto, las cuatro condiciones del test de procedencia unificado en la Sentencia SU-556 de 2019:

Condición

Cumple/ No cumple

Primera condición

Además de la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, pertenecer a un grupo de especial protección o encontrarse en situación de riesgo

SI

Segunda condición

Afectación al mínimo vital y condiciones de vida digna como consecuencia de la negativa de reconocimiento pensional

NO

Tercera condición

Razonabilidad de los argumentos propuestos para justificar ausencia de cotizaciones exigidas por la norma vigente al momento del siniestro

NO

Cuarta condición

Actuación diligente orientada al reconocimiento prestacional

SI

1. El accionante acredita la primera condición del test¹⁶¹, dado que es una persona de la tercera edad -tiene 71 años- calificada con 55.5% de pérdida de capacidad laboral¹⁶² con base en el diagnóstico de Parkinson, y padece de HTA y gastritis crónica. También satisface la cuarta condición del test¹⁶³, por cuanto ha procurado de manera diligente el reconocimiento pensional tanto en sede administrativa como judicial, pues, de un lado, reclamó la pensión de invalidez ante Colpensiones y agotó los recursos de la actuación administrativa¹⁶⁴, y, de otro lado, promovió un proceso ordinario laboral orientado al

reconocimiento y pago de la pensión de invalidez e interpuso el recurso extraordinario de casación en contra de la decisión de segunda instancia que negó su pretensión pensional. A pesar de ello, no satisface las condiciones segunda y tercera ya referidas.

1. En el caso, no se acredita la segunda condición del test¹⁶⁵. Para la Sala, no es posible concluir que la ausencia de reconocimiento de la pensión de invalidez afecte la satisfacción de las necesidades básicas del tutelante.

1. El accionante manifestó que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de sus necesidades básicas y, en consecuencia, una vida en condiciones dignas. Para tal efecto, argumentó que “actualmente no cuento con ningún ingreso económico que me garantice mi propia manutención, viviendo de la caridad que me ofrecen mis familiares” y, “por mi enfermedad constitutiva de la invalidez, así como mi edad, no puedo desarrollar ningún tipo de actividad laboral, así como tampoco soy atractivo para acceder a una oferta de empleo con la cual pueda obtener un ingreso que garantice mi mínimo vital y móvil”.

1. No obstante, la Sala advierte que el tutelante cuenta con una red de apoyo para satisfacer su mínimo vital y una vida en condiciones dignas. Esto es así, por cuanto el actor informó que sus “familiares (hijos) me apoyan en las medidas de sus posibilidades y condiciones, con el pago de un ancianato donde me brindan dormida y comida”. Tal situación de apoyo y protección se puede concluir, además, en atención a que, según consulta efectuada en el RUAF, el accionante está afiliado al régimen contributivo en salud en calidad de beneficiario¹⁶⁶. Adicionalmente, el tutelante no acreditó que, en efecto, se encuentre en un ancianato.

1. En tales términos, y en la medida en que el accionante no dio cuenta de una precaria situación económica de su núcleo familiar que le impida socorrerlo, sus familiares tienen el deber de contribuir a asegurar sus condiciones de subsistencia digna e intervenir “como

sostén para la garantía y protección de todas las dimensiones de sus derechos”¹⁶⁷.

1. En efecto, como se ha indicado de manera reciente por la Corte¹⁶⁸, del principio constitucional de solidaridad (conforme a sus artículos 1, 2, 95.2, 13 y 42), del cual se deriva la obligación alimentaria, se sigue que, “aunque el Estado y la familia concurren en el deber de prestar asistencia y protección, la última es la primera en asumir dicho deber. Por lo tanto, es la que, en principio, está encargada de la atención requerida por sus integrantes¹⁶⁹, sin perjuicio del deber constitucional que obliga al Estado a salvaguardar los derechos fundamentales de los asociados”¹⁷⁰.

1. En el caso, no se acredita la tercera condición del test¹⁷¹. Los argumentos que propone el tutelante para justificar la imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigentes al momento de la estructuración de la invalidez no son razonables.

1. La condición que dio lugar a la invalidez del actor, esto es, la enfermedad de Parkinson, se estructuró el 17 de abril de 2017, es decir, en vigencia de la Ley 860 de 2003. De las pruebas que obran en el expediente, en particular, de la historia clínica, se advierte que dicha enfermedad se manifestó, aproximadamente, a partir del año 2007¹⁷². Sin embargo, la última cotización del accionante al Sistema General de Pensiones es del 31 de diciembre de 1989, esto es, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993¹⁷³ e, incluso, del Acuerdo 049 de 1990¹⁷⁴.

1. Si bien el accionante manifestó que “no pude seguir cotizando en vigencia de la Ley 860 de 2003, atendiendo a la pérdida de su actividad laboral debido a la presencia de la enfermedad [...], criterio que le impidió reubicarse laboralmente”¹⁷⁵ y que “mi profesión es economista, aclarando que nunca pude ejercerla, por las condiciones de accesibilidad, adicional a mi enfermedad generatriz de la invalidez y que padezco desde hace varios años”, no justifica que no hubiera cotizado durante el lapso aproximado de 18 años, comprendidos

entre el momento en que efectuó la última cotización al Sistema Pensional –31 de diciembre de 1989– y aquel en que se manifestó la enfermedad que dio lugar a la calificación de la invalidez –2008–. Ausencia de justificación que resulta aún mayor si se tiene en cuenta que la invalidez del actor se estructuró en el año 2017, esto es, aproximadamente 27 años después de la última cotización realizada al Sistema Pensional.

1. En gracia de discusión, el tutelante manifestó que “en un tiempo sostuve un trabajo informal de venta de libros ambulantes, lo que a duras penas me ayudaba para mi diario comer y dormir, teniendo días que no obtenía ninguna ganancia de venta, lo que solo me alcanzaba para mis necesidades básicas, sin contar con ganancias que me permitieran efectuar cotizaciones al sistema pensional”¹⁷⁶. Con todo, no señala los periodos en que específicamente se desempeñó como trabajador independiente y que corresponderían a los ciclos sin cotizaciones al sistema pensional.

1. Teniendo en cuenta que no se encuentra plenamente demostrada la situación de vulnerabilidad del accionante en los términos del test de procedencia unificado en la Sentencia SU-556 de 2019, al no acreditar, en conjunto y de manera suficiente, las condiciones previstas por este, la Sala evidencia el incumplimiento de la exigencia constitucional de subsidiariedad, adscrita al carácter de mecanismo no principal para la protección de los derechos fundamentales de la acción de tutela, y, por tanto, la improcedencia de la solicitud de amparo.

1. Aclara la Sala que lo anterior no implica que el accionante no pueda solicitar a Colpensiones que, en su condición de administradora del fondo de pensiones al que se encuentra afiliado, le brinde información transparente, cierta, suficiente, clara y oportuna, acerca de los mecanismos para la protección de su derecho a la seguridad social, y, específicamente, para la cobertura del riesgo de vejez, a los que puede acceder y que mejor se ajusten a su perfil, de acuerdo con sus particulares circunstancias, a fin de que el accionante pueda tomar decisiones informadas sobre su futuro pensional. Y, dado que el

deber de otorgar información cualificada implica la obligación de ofrecer una asesoría diligente, la administradora de fondo de pensiones deberá informar al afiliado sobre la posibilidad de acceder a los mecanismos dispuestos por el Sistema de Seguridad social para la cobertura del riesgo de vejez en calidad de titular -al momento de la asesoría- o potencial beneficiario, conforme a sus condiciones pensionales y personales.

1. Por esta razón, la Sala exhortará a la entidad, en calidad de vinculada en el expediente, que ante la decisión negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, informe y asesore a sus afiliados sobre los mecanismos dispuestos por el Sistema de Seguridad Social Integral para la protección del riesgo de vejez de personas en situación de discapacidad, entre los que se encuentran: (i) la pensión especial de vejez anticipada por invalidez, (ii) el programa del subsidio del aporte a pensión y (iii) el servicio social complementario de los beneficios económicos periódicos -BEPS-.

1. Síntesis de la providencia

1. La Sala revisó los fallos de tutela proferidos en primera instancia, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y, en segunda instancia, por la Sala de Casación Penal de la misma corporación, que declararon improcedente por incumplimiento del requisito de subsidiariedad la solicitud de tutela promovida por Rafael Arévalo Rosales en contra del Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá y la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, autoridades judiciales que, en el marco del proceso ordinario laboral promovido por el tutelante en contra de Colpensiones, resolvieron negar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, al considerar que dicho postulado solo permitía resolver la solicitud pensional del afiliado bajo los parámetros del régimen inmediatamente anterior, esto es, la Ley 100 de 1993, y no con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, al haberse estructurado la invalidez en vigencia de la Ley 860 de

2003.

1. Para resolver el problema jurídico que suponía el caso, la Sala se pronunció de manera general respecto de (i) la pensión de invalidez y (ii) el principio de la condición más beneficiosa para el acceso a dicha prestación. Además, ya que estaba en discusión el derecho a la seguridad social de una persona de la tercera edad, calificada con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, la Sala consideró necesario pronunciarse, igualmente, de manera abstracta, sobre (iii) el deber de las administradoras de fondos de pensiones de informar a los afiliados sobre las alternativas de protección previstas por el Sistema General de Seguridad Social y (iv) los mecanismos dispuestos para la cobertura del riesgo de vejez de las personas en situación de discapacidad.

1. Luego, tras estudiar los requisitos de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, la Sala constató que, como lo manifestaron los jueces de tutela de instancia, no se satisfacía la exigencia de subsidiariedad. No obstante, precisó que, en los términos de las sentencias SU-556 de 2019 y SU-038 de 2023, si bien la solicitud de tutela fue promovida contra las providencias judiciales de primera y segunda instancia del proceso ordinario laboral, el actor no agotó el recurso extraordinario de casación, por lo que se imponía valorar si dicho mecanismo resultaba idóneo y eficaz para resolver la controversia y verificar la satisfacción de las condiciones establecidas en el test de procedencia unificado en la Sentencia SU-556 de 2019.

1. Finalmente, la Sala precisa que el accionante cuenta con la posibilidad de solicitarle a su fondo de pensiones que le brinde información cierta, suficiente, clara y oportuna, así como asesoría acerca de los mecanismos para la protección del riesgo de vejez, a los cuales puede acceder conforme a sus particulares circunstancias.

I. DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la Sala Sexta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero. LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el expediente T-8.743.495.

Segundo. CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia el 10 de marzo de 2022, que confirmó el fallo dictado por la Sala de Casación Laboral de la misma corporación el 25 de enero de 2022, mediante la cual se declaró improcedente la solicitud de tutela presentada por Rafael Arévalo Rosales en contra de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en esta providencia.

Tercero. EXHORTAR a Colpensiones a que, -ante la decisión de no aplicar al accionante el principio de la condición más beneficiosa y, por tanto, de negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez-, informe y asesore al accionante sobre los mecanismos dispuestos en el Sistema de Seguridad Social Integral para la protección del riesgo de vejez de aquellas personas que se encuentren en situación de discapacidad, entre los que se encuentran: (i) la pensión especial de vejez anticipada por invalidez, (ii) el programa del subsidio del aporte a pensión y (iii) el servicio social complementario de los beneficios económicos periódicos -

BEPS-.

Cuarto. Por intermedio de la Secretaría General, REMITIR copia de la presente providencia a la Superintendencia Financiera de Colombia, para lo de su competencia.

Quinto. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Magistrado

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

ACCION DE TUTELA-Agotamiento de mecanismos judiciales de defensa para la procedencia
(Salvamento de voto)

Referencia: Sentencia T-218 de 2023

Magistrado ponente:

Antonio José Lizarazo Ocampo

Con mi acostumbrado respeto por las decisiones de la Sala Sexta de Revisión suscribo este salvamento de voto en relación con la providencia de la referencia. Esto, por cuanto no comparto la decisión de confirmar la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela presentada por el señor Rafael Arévalo Rosales en contra de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, por considerar incumplido el requisito de subsidiariedad.

La mayoría de la Sala Sexta de Revisión concluyó que la acción de tutela sub examine debía ser declarada improcedente porque (i) «el accionante disponía de un mecanismo de defensa judicial idóneo y eficaz para cuestionar la decisión que estimaba lesiva de sus derechos fundamentales: el recurso extraordinario de casación, el cual encuentra actualmente en curso» y (ii) «el accionante no satisface, en conjunto y de manera suficiente, las condiciones del test de procedencia unificado en la Sentencia SU-556 de 2019 y, por tanto, no acredita una situación de vulnerabilidad que le permita a la Sala valorar su situación a partir del principio de la condición más beneficiosa, en el sentido de aplicar de manera ultractiva las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990, en lo que respecta a la exigencia de densidad de semanas de cotización».

Estoy de acuerdo con la valoración que se hace en la Sentencia T-218 de 2023 sobre la idoneidad y eficacia del recurso de casación para cuestionar las decisiones judiciales emitidas en el marco del proceso ordinario laboral promovido por el accionante en contra de Colpensiones por la negación del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada.

No obstante, considero que la Sala ha debido entrar a analizar el fondo del asunto, debido a que, en el transcurso del trámite de revisión ante la Corte Constitucional, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por el accionante en contra de la sentencia del 30 de noviembre de 2021 expedida por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, providencia cuestionada mediante la acción de tutela. En efecto, mediante la sentencia SL451-2023 del 7 de marzo de 2023, la Sala de Casación Laboral decidió no casar la sentencia cuestionada¹⁷⁷.

Declarar la improcedencia de la acción de tutela pese a que, durante el trámite de revisión, la Corte Suprema de Justicia resolvió el recurso de casación interpuesto por el accionante en el sentido de dejar en firme las providencias a las que el accionante endilga la vulneración de sus derechos fundamentales implica dar prevalencia a aspectos formales sobre el derecho sustancial.

La Corte Constitucional ha declarado improcedente acciones de tutela cuando está en curso un mecanismo judicial idóneo y eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados¹⁷⁸ e incluso cuando tal mecanismo ya ha sido resuelto en el sentido de anular la providencia cuestionada mediante la acción de tutela¹⁷⁹. Sin embargo, el presente caso está en una situación distinta, porque para el momento en que la Sala Sexta de Revisión adoptó la decisión la Corte Suprema de Justicia ya había resuelto el recurso de casación en el sentido de no casar la providencia recurrida. Es decir, ya estaba agotado el mecanismo judicial idóneo y eficaz al que tenía acceso el accionante y, por ende, el requisito de subsidiariedad estaba cumplido, aunado al hecho de que las sentencias cuestionadas mediante la acción de tutela fueron dejadas en firme.

Así las cosas, la Sala Sexta de Revisión tampoco ha debido analizar si en este caso se superaba el test de procedencia unificado en la Sentencia SU-556 de 2019 para los casos en los que se discuta el reconocimiento pensional con fundamento en la condición más beneficiosa, puesto que, de conformidad con la Sentencia SU-038 de 2023, la Sala Plena

estableció que no es necesario analizar dicho test «cuando se verifica el carácter subsidiario de la acción de tutela contra providencias judiciales y se agotaron los medios de defensa judiciales disponibles».

En tales términos, la Sala Sexta de Revisión ha debido tener por cumplido el requisito de subsidiariedad y emitir un pronunciamiento de fondo en el presente caso con independencia del sentido de la decisión. Al declarar la improcedencia de la acción de tutela en las condiciones antes descritas, la Sala Sexta de Revisión, en lugar de adoptar una decisión de fondo sobre si el accionante tiene o no derecho a la prestación pensional solicitada, generó un espacio para un eventual nuevo litigio, máximo cuando la reclamación del accionante tiene como fundamento la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en materia pensional.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, como lo he expresado en ocasiones anteriores¹⁸⁰, disiento de la manera en que la jurisprudencia constitucional interpreta y aplica el principio de la condición más beneficiosa en materia pensional, en especial, como fundamento para reconocer la pensión de invalidez a personas que ya han superado la edad para tener derecho a la pensión de vejez¹⁸¹. A continuación, reitero las razones de mi disenso:

1. Razones por las que disiento del alcance que la jurisprudencia constitucional le ha dado al principio de la condición más beneficiosa en materia pensional¹⁸². En primer lugar, la noción de régimen de transición lleva implícito el señalamiento de un plazo dentro del cual la norma anterior tendrá efectos ultra activos, en protección de expectativas legítimas. En este caso, si el legislador omitió diseñar un régimen de transición, el juez podría aplicar una norma de manera ultra activa para proteger dichas expectativas, pero bajo la imperiosa necesidad de fijar un plazo de finalización a la ultraactividad del Acuerdo 049 de 1990. De lo contrario, se petrifica desproporcionadamente un régimen expresamente derogado hace más de treinta años, con la consecuente limitación excesiva de la libertad de configuración del legislador.

En segundo lugar, considero que sí existe un régimen de transición establecido por el Constituyente, aplicable a todos los regímenes pensionales. En efecto, el párrafo transitorio del artículo 48 superior, introducido por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, puso un límite temporal explícito a la aplicación ultra activa de cualquier norma o régimen pensional anterior a la creación del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. En efecto, dicha norma, en lo pertinente, dispone que «la vigencia de [...] cualquier otro [régimen] distinto al establecido de manera permanente en las leyes del Sistema General de Pensiones expirará el 31 de julio del año 2010». Ante la fijación por el constituyente derivado de tan claro plazo, no le era posible a la Corte desconocer la imposibilidad de continuar aplicando a la fecha una norma derogada hace más de treinta años.

1. Razones por las que disiento del alcance que la jurisprudencia constitucional le ha dado al principio de la condición más beneficiosa como fundamento para el reconocimiento de la pensión de invalidez¹⁸³. La pensión de invalidez está prevista para todas aquellas personas que sufren una merma considerable de su capacidad laboral antes de cumplir con los requisitos para tener derecho a la pensión de vejez. No obstante, la posición adoptada por la Sala Plena en la Sentencia SU-442 de 2016 y, luego, en la Sentencia SU-556 de 2019 (que introdujo el test de procedencia para determinar la especial vulnerabilidad del accionante), permite el reconocimiento de pensiones de invalidez a quienes no estructuraron tal condición (de invalidez) durante su vida activa laboral y no cumplieron con los requisitos de la pensión de vejez, por cuenta de una pérdida de capacidad laboral posterior al cumplimiento de la edad pensional, en contra del equilibrio financiero del sistema. Es natural que las personas sufran una merma de su capacidad laboral luego de cumplida la edad para obtener la pensión de vejez, por el deterioro de la salud que ocurre con el paso del tiempo. Esta interpretación jurisprudencial implica entonces que cualquier persona que superó la edad para acceder a la pensión de vejez sin tener la densidad de cotización necesaria para esta prestación, puede acceder a la pensión de invalidez por la pérdida de capacidad laboral natural a causa del paso del tiempo, por el simple hecho de haber cotizado cierto número de semanas que exigía un régimen que perdió vigencia hace más de treinta años.

En los anteriores términos salvo mi voto.

Fecha ut supra,

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

1 Fecha de reparto y radicación de la tutela, según consta en la página de consulta de procesos de la Rama Judicial.

2 Expediente digital, cuaderno “01. Escrito de tutela 65490 (1).pdf”, fl. 1.

3 Aprobado por el Decreto 758 del mismo año. A lo largo de esta decisión se hará referencia al Acuerdo 049 de 1990.

4 Según la cédula de ciudadanía que obra en el expediente, el señor Rafael Arévalo Rosales nació el 4 de junio de 1951.

5 Conforme al dictamen de pérdida de capacidad laboral No. 2017218403VV del 1 de junio de 2017, emitido por el Grupo Médico Laboral de Colpensiones en primera oportunidad. Cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fls. 39-50. El dictamen no fue impugnado por el tutelante, por lo que se encuentra en firme, según la “constancia firmeza dictamen de calificación de invalidez” del 5 de julio de 2017. Expediente digital, cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fl. 51.

6 De acuerdo con el reporte de semanas cotizadas que obra de folios 35 a 39 del cuaderno “exp.2019 804.pdf”.

7 Mediante solicitud con número de radicación 2017_8430846.

8 Reclamación administrativa que obra en el folio 4 del expediente digital. Cuaderno proceso ordinario laboral.

9 Expediente digital, cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fls. 17-21.

10 En cuanto al incumplimiento de los requisitos dispuestos por la Ley 100 de 1993, sostuvo que el actor “NO tiene acreditadas 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez (17 de abril de 2017), toda vez que [...] el afiliado presenta cotizaciones [...] solamente hasta el 31 de diciembre de 1989. De igual forma se puede establecer que el afiliado tampoco acredita 26 semanas entre el 29 de diciembre de 2003 y el 29 de diciembre de 2006”. Resolución SUB 277778 del 30 de noviembre de 2017. Cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fl. 19.

11 Mediante escrito radicado con el número 2017_13253224.

12 Notificada el 6 de abril de 2018. Cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fl. 25.

13 Resolución SUB58180 del 28 de febrero de 2018. Cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fl. 26.

14 Ibid.

15 Resolución DIR5433 del 14 de marzo de 2018. Cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fl. 33.

16 Acta de reparto del 28 de noviembre de 2019. Cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fl. 79.

17 Según el escrito de demanda que obra de folios 57 a 78 del cuaderno “exp.2019 804.pdf”. El proceso identificado con el número de radicación 2019-804 le correspondió por reparto al Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá y posteriormente fue asignado al Juzgado 41 Laboral del Circuito de la misma ciudad, en el marco de las medidas de descongestión adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura mediante el Acuerdo No CSJBTA20-109 de 31 de diciembre de 2020.

18 Expediente digital. Cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fls. 57-78.

19 Según el acta de audiencia que obra en los folios 177 a 178 del cuaderno “exp.2019 804.pdf”.

20 Sentencia de segunda instancia del proceso ordinario laboral. Expediente digital, cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fl. 213.

21 Sentencia de segunda instancia del proceso ordinario laboral. Expediente digital, cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fls. 199-232.

22 Sentencia de segunda instancia del proceso ordinario laboral. Expediente digital, cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fl. 215.

23 Ibid.

24 Sentencia de segunda instancia del proceso ordinario laboral. Cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fl. 215.

25 Sentencia de segunda instancia del proceso ordinario laboral. Cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fls. 228-229.

26 Cuaderno “01. Escrito de tutela 65490 (1).pdf”, fls. 1-18.

27 Cuaderno “01. Escrito de tutela 65490 (1).pdf”, fl. 6.

28 Cuaderno “01. Escrito de tutela 65490 (1).pdf”, fl. 3.

29 Cuaderno “01. Escrito de tutela 65490 (1).pdf”, fl. 4.

30 Cuaderno “01. Escrito de tutela 65490 (1).pdf”, fl. 5.

31 Cuaderno “01. Escrito de tutela 65490 (1).pdf”, fl. 6.

32 Ibid.

33 Cuaderno “01. Escrito de tutela 65490 (1).pdf”, fl. 12.

34 Ibid.

35 Ibid.

36 Cuaderno “01. Escrito de tutela 65490 (1).pdf”, fl. 13.

38 Cuaderno “01. Escrito de tutela 65490 (1).pdf”, fl. 13.

39 Mediante el auto del 12 de enero de 2022, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia admitió la tutela y ordenó la vinculación de Colpensiones. Expediente digital, cuaderno “02. 65490 Admite- vincula requiere exp. GAR.pdf”, fl. 1.

40 Mediante escrito del 12 de enero de 2022. Expediente digital. Cuaderno “06. 65490-Resp Colpensiones (1).pdf”, fls. 1-10.

41 Expediente digital. Cuaderno “06. 65490-Resp Colpensiones (1).pdf”, fl. 3.

42 Ibid.

43 Expediente digital. Cuaderno “06. 65490-Resp Colpensiones (1).pdf”.

44 Mediante escrito del 12 de enero de 2022. Expediente digital. Cuaderno “122315 RTAJUZGADO41.pdf”, fls. 1-5.

45 Mediante escrito del 12 de enero de 2022. Expediente digital. Cuaderno “122315 RTAJUZGADO41.pdf”, fl. 5.

46 Ibid.

47 Ibid.

48 Mediante escrito del 17 de enero de 2022. Expediente digital. Cuaderno “122315 RTATRIBUNAL.pdf”, fl. 1.

49 Expediente digital. Cuaderno “09. Sentencia 65490 (1).pdf”, fls. 1-8.

50 Expediente digital. Cuaderno “09. Sentencia 65490 (1).pdf”, fl. 5.

51 Ibid.

52 Expediente digital. Cuaderno "09. Sentencia 65490 (1).pdf", fl. 6.

53 Expediente digital. Cuaderno "12. 65490-Impug fallo accte (1).pdf", fls. 1-14.

54 Expediente digital. Cuaderno "12. 65490-Impug fallo accte (1).pdf", fl. 6.

55 Expediente digital. Cuaderno "12. 65490-Impug fallo accte (1).pdf", fl. 7.

56 Ibid.

57 Expediente digital. Cuaderno "0001 122315Confirma (2).pdf", fls. 1-10.

58 Expediente digital. Cuaderno "0001 122315Confirma (2).pdf", fl. 6.

59 Ibid.

60 Ibid.

61 Expediente digital. Cuaderno "0001 122315Confirma (2).pdf", fl. 8.

62 Expediente digital, auto de pruebas (31 de agosto de 2022).

63 Mediante comunicación del 26 de julio de 2022.

64 De acuerdo con la historia clínica del 29 de junio de 2022 emitida por Clínicos Programas de Atención Integral S.A.S. I.P.S.

65 Mediante comunicación del 31 de agosto de 2022. Fls. 1-23.

66 Para realizar el cálculo actuarial, Colpensiones tuvo en cuenta los siguientes parámetros: "se toma la base del cálculo actuarial afiliados con corte a diciembre 31 de 2021, con 6.782.732 registros. Esta base se clasifica en dos grupos: posibles pensionados (2.174.680 equivalente al 32,1%) y posibles indemnizados (4.608.052 equivalente al 67,9%). Se establece el grupo de afiliados que tienen 300 semanas o más antes 31/03/94, dando como resultado un total de 302.287 afiliados, 167.778 posibles pensionados (55.5%) y posibles indemnizados 134.509 (42.5%)". Fl. 13.

67 Comunicación del 31 de agosto de 2022, fl. 15.

68 Según Colpensiones, “la estimación presentada es bastante conservadora pues excluye a los indemnizados, quienes según la jurisprudencia de esa Honorable Corporación pueden beneficiarse también de la condición más beneficiosa. A ello debe sumarse el hecho que las tablas de probabilidad de invalidez tienen más de 20 años sin actualizar. Asimismo, cumple anotar que el presente cálculo no contempla la situación de quien construyó una expectativa legítima con venero en la Ley 100 de 1993”. Fl. 15.

69 Mediante comunicación del 30 de septiembre de 2022.

70 Mediante comunicación del 12 de septiembre de 2022

71 Mediante comunicación del 8 de septiembre de 2022.

72 Mediante comunicación del 14 de septiembre de 2022.

73 Mediante comunicación del 13 de septiembre de 2022.

74 Mediante comunicación del 12 de septiembre de 2022.

75 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia STL750-2022 del 25 de enero de 2022.

76 Expediente digital. Cuaderno “09. Sentencia 65490 (1).pdf”, fl. 6.

77 Expediente digital. Cuaderno “09. Sentencia 65490 (1).pdf”, fl. 6.

79 Expediente digital. Cuaderno “0001 122315Confirma (2).pdf”, fl. 5.

80 Expediente digital. Cuaderno “0001 122315Confirma (2).pdf”, fl. 6.

81 Ibid.

82 Expediente digital. Cuaderno “0001 122315Confirma (2).pdf”, fls. 6-7.

83 Expediente digital. Cuaderno “0001 122315Confirma (2).pdf”, fl. 8.

84 Sentencia T-166 de 2021.

85 De conformidad con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, es “inválida” la “persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

86 Conforme a lo preceptuado en el artículo 62 del Decreto-Ley 433 de 1971.

87 Artículo 5º.

88 De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 45 de la Ley 90 de 1948.

89 Artículo 1º.

90 “Artículo 5o. Clases de invalidez. 1. Se tendrán como inválidos para efectos del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte: a) Inválido Permanente Total. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, [sic] haya perdido el 50 % o más de su capacidad laborativa [sic] para desempeñar el oficio o profesión para el cual está capacitado y que constituye su actividad habitual y permanente. La cuantía básica de esta pensión será del 45 % del salario mensual de base; b) Invalido Permanente Absoluto. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, [sic] haya perdido su capacidad laboral para realizar cualquier clase de trabajo remunerado. La cuantía básica de esta pensión será del 51 % del salario mensual de base; c) Gran Invalidez. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, [sic] haya perdido su capacidad laboral en grado tal que necesite de la asistencia constante de otra persona para movilizarse, conducirse o efectuar los actos esenciales de la existencia. La cuantía básica de esta pensión será del 57 % del salario mensual de base. 2. No se considera inválida por riesgo común, la persona que solamente pierde su capacidad laboral en un porcentaje inferior al cincuenta por ciento (50%) o cuya invalidez es congénita”.

91 El Sistema General de Pensiones fue estructurado mediante la Ley 100 de 1993. Su finalidad, consecuente con la de la Sistema de Seguridad Social Integral, de la cual hace parte, es proporcionar una cobertura íntegra de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con

el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad (preámbulo de la Ley 100 de 1993). En su conjunto, el sistema “tiene por objeto garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten” (artículo 1 de la Ley 100 de 1993).

92 Por medio del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

93 Sentencia T-188 de 2020, reiterada en la Sentencia SU-299 de 2022.

94 El estudio crítico de la jurisprudencia en la materia ha sido objeto de múltiples estudios por parte de la academia. De manera reciente, puede consultarse la tesis de maestría: “El principio de la condición más beneficiosa en solicitudes de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez: hacia un nuevo enfoque de su garantía judicial en la jurisprudencia constitucional”, elaborado por Paula Andrea Sánchez Sarmiento (Universidad Externado de Colombia, Maestría en Justicia y Tutela de los Derechos con énfasis en Derecho del Trabajo).

95 Regla indicada en la Sentencia SU-442 de 2016.

96 Numeral 6º del artículo 3º del Decreto 2241 de 2010.

97 Numeral 7º del artículo 3º del Decreto 2241 de 2010.

98 Numeral 2º del artículo 2º del Decreto 2241 de 2010.

99 Los fondos de pensiones deben cumplir la referida obligación luego de constatar la imposibilidad del afiliado de acceder a la pensión de invalidez conforme a los criterios jurisprudenciales que dotan de alcance y contenido el examen de las exigencias para el acceso a la prestación. Entre estos, deben observar la regla de la capacidad laboral residual de las personas con enfermedades crónicas, congénitas y/o degenerativas, con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y con una fecha de estructuración que coincide con el primer síntoma o diagnóstico, que, aunque no cumplen con el requisito de 50 semanas de cotización en los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, completan el requisito con posterioridad a esa fecha, “en tanto gozaban de capacidad laboral residual que posiblemente les permitió trabajar aún después de la fecha en la que el médico laboral o la junta de calificación consideraron estructurada la invalidez” (Sentencia T-095 de 2022). En

estos eventos, de acuerdo con lo indicado en la Sentencia SU-588 de 2016, las Administradoras de Fondos de Pensiones “no puede limitarse a hacer el conteo mecánico de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores”, sino que deben analizar la solicitud teniendo en cuenta, de un lado, la capacidad laboral residual del solicitante, la cual se determina con base en: (i) el dictamen de pérdida de capacidad laboral, (ii) las condiciones específicas del individuo, (iii) la patología padecida y (iv) la historia laboral. De otro lado, les corresponde establecer el momento real desde el cual se debe verificar el cumplimiento de la densidad de semanas de cotización exigida por la Ley 860 de 2003, para lo cual pueden acudir a la fecha en que se efectuó la calificación de la invalidez o en que se realizó la última cotización. Además, deben validar que los pagos efectuados después de la estructuración de la invalidez hubiesen sido aportados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual.

100 Con las características de transparencia, certeza, suficiencia y oportunidad.

101 Numeral 1º del artículo 2º del Decreto 2241 de 2010.

102 Mediante el artículo 193 de la Ley 1955 de 2019, reglamentada por el Decreto 1174 de 2020, se creó el piso de protección social para las personas con una relación contractual laboral o por prestación de servicios, por tiempo parcial, o afiliados voluntarios sin vínculo laboral o contrato de prestación de servicios que perciban un ingreso inferior a 1 salario mínimo legal mensual vigente. Este mecanismo se encontraba integrado por “1. El Régimen Subsidiado de Sistema General de Seguridad Social en Salud. 2. El Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos – BEPS como mecanismo de protección en la vejez. 3. El Seguro Inclusivo que amparará al trabajador de los riesgos derivados de la actividad laboral y de las enfermedades cubiertas por Beneficios Económicos Periódicos”. La disposición, sin embargo, fue declarada inexecutable con efectos diferidos en la Sentencia C-276 de 2021, por desconocer el principio de unidad de materia. Esta circunstancia, en todo caso, no invalida la regulación de los BEPS, específicamente dispuesta en la Ley 1328 de 2009, como se indica en el Título 6.3 infra.

103 Parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

104 De conformidad con el artículo 8 del Decreto 917 de 1999, para realizar la calificación integral de la invalidez se otorga un puntaje a cada uno de los criterios descritos en el

artículo anterior, cuya sumatoria equivale al 100% del total de la pérdida de la capacidad laboral, dentro de los siguientes rangos máximos de puntaje:

CRITERIO

PORCENTAJE (%)

Deficiencia

50

Discapacidad

20

Minusvalía

30

Total

100

105 Según el literal a) del artículo 7 del Decreto 917 de 1999, “Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano”.

106 Al respecto, ver la Sentencia T-326 de 2015.

107 “Artículo 25. Creación del fondo de solidaridad pensional. Créase el Fondo de Solidaridad

Pensional, como una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, cuyos recursos serán administrados en fiducia por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública, y preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por las administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía del sector social solidario, las cuales quedan autorizadas para tal efecto por virtud de la presente ley [...]”.

108 Administrada por la subcuenta de solidaridad.

109 Administrada por la subcuenta de subsistencia.

110 Inciso 2º del artículo 26 de la Ley 100 de 1993.

111 Inciso 1º del artículo 26 de la Ley 100 de 1993.

112 Porque es responsabilidad del afiliado pagar la proporción del aporte que le corresponda; en ese sentido, cfr., la Sentencia SU-338A de 2021. De acuerdo con el artículo 28 de la Ley 100 de 1993, el monto del subsidio puede ser variable por periodos, atendiendo a la capacidad económica del solicitante y a la disponibilidad de recursos del fondo.

113 El artículo 29 de la Ley 100 de 1993 establece que si una persona no cumple los requisitos para acceder a la pensión de vejez, supera los 65 años, y se ve beneficiada con el subsidio, la administradora de pensiones deberá devolver los aportes hechos por el Fondo de Solidaridad Pensional luego de dicho momento.

114 Se excluyen del beneficio aquellos a quienes se les compruebe que puedan pagar la totalidad del aporte, incluidos quienes tengan una cuenta de ahorro pensional voluntario (parágrafo del artículo 26 de Ley 100 de 1993).

115 Artículo 13 del Decreto 3771 de 2007 (compilado en el artículo 2.2.14.1.13 del Decreto 1833 de 2016).

116 Sentencia C-182 de 2020.

117 Artículo 2.2.13.1.2. del Decreto 1833 de 2016.

119 Artículo 2.2.13.4.1. del Decreto 1833 de 2016. “Incentivo Periódico. El incentivo es un

subsidio periódico que consiste en un aporte económico otorgado por el Estado que se calcula anualmente de manera individual para cada beneficiario, sobre los aportes que haya realizado en el respectivo año y por lo tanto, se constituye en un apoyo al esfuerzo de ahorro, cuya finalidad última es desarrollar el principio de solidaridad con la población de menor ingreso. Su monto anual es un subsidio periódico al ahorro y se contabiliza anualmente”.

120 Artículo 2.2.13.4.2. del Decreto 1833 de 2016. “Cálculo del valor del incentivo periódico. El valor del subsidio periódico que otorga el Estado, [sic] será igual al veinte por ciento (20%) del aporte realizado por el beneficiario del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos. Es decir, por cada cien pesos (\$100) que una persona aporte en el respectivo año, le corresponderán veinte pesos (\$20) adicionales considerados como el subsidio periódico que otorga el Estado”.

121 Artículo 2.2.13.2.1. del Decreto 1833 de 2016.

122 Incluidas, por supuesto, las autoridades judiciales, al ser autoridades de la república “instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (artículo 2º de la Constitución).

123 El inciso quinto del artículo 86 establece que la tutela también procede, en los casos que señale el Legislador, contra particulares encargados de la prestación de servicios públicos, o cuando afecten el interés colectivo, o respecto de quienes el accionante se halle en estado de indefensión o de subordinación.

124 Sentencia T-555 de 2009.

125 Sentencia SU-455 de 2020.

126 Sentencia SU-368 de 2022.

127 Sentencia SU-379 de 2019.

128 Artículos 5º y 13 del Decreto 2591 de 1991.

129 Artículo 5º del Decreto 2591 de 1991 e inciso 1º del artículo 86 de la Constitución Política.

130 Inciso 4º.

131 De conformidad con lo dispuesto por el artículo 6.1 del Decreto 2591 de 1991, “[l]a existencia de dichos medios [hace referencia a otros recursos o medios de defensa judiciales] será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

132 Inciso 4º del artículo 86 de la Constitución.

133 Sentencia T-166 de 2021.

134 Mediante la Sentencia SU-299 de 2022, esta Corporación reiteró la aplicación del test de procedencia fijado en la Sentencia SU-556 de 2019 respecto de aquellos casos en que “el accionante no cuenta con otro mecanismo judicial para controvertir la sentencia de casación” en la cual se niega la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con las exigencias previstas por el Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, y en que “se han surtido todos los recursos disponibles, tanto administrativos como judiciales en el marco del proceso ordinario laboral” (fj. 63). Precisamente, al valorar la acreditación del requisito de subsidiariedad en el caso concreto, señaló que “dado que en el presente caso la autoridad judicial demandada negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa [...], el examen de subsidiariedad del amparo supone verificar en el caso concreto la satisfacción de las cuatro condiciones fijadas en la sentencia SU-556 de 2019, que conforman el «test de procedencia» de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez en virtud del principio de la condición más beneficiosa” (fj. 64). En esos términos, el cambio jurisprudencial introducido mediante la Sentencia SU-038 de 2023 se fundamentó en que, si bien “en la Sentencia SU-299 de 2022, la Sala Plena se refirió al cumplimiento del test de procedencia cuando abordó el requisito de subsidiariedad [...] en esa oportunidad, la Corte no se pronunció respecto de las razones que motivaron el análisis de dicha cuestión en esa sección de la decisión”.

135 Esta se acredita con una calificación de pérdida de capacidad laboral igual o superior al

50 %.

136 Expediente digital. Cuaderno “09. Sentencia 65490 (1).pdf”, fl. 3.

137 Expediente digital. Cuaderno “09. Sentencia 65490 (1).pdf”, fl. 5.

138 Expediente digital. Cuaderno “0001 122315Confirma (2).pdf”, fl. 6.

139 Sentencia SU-299 de 2022.

140 Sentencia SU-299 de 2022.

141 Sentencia SU-038 de 2023.

142 Sentencia SU-038 de 2023.

143 Expediente digital. Cuaderno “09. Sentencia 65490 (1).pdf”, fl. 6.

144 Sentencia T-417 de 2021.

145 En la medida en que el artículo 235 de la Constitución define a la Corte Suprema como “tribunal de casación”. Cfr., Sentencia C-203 de 2011.

146 Sentencia C-203 de 2011, al referirse a la Sentencia SU-542 de 1999.

147 Sentencia C-203 de 2011.

148 Artículo 235 de la Constitución.

149 Sentencia SU-338A de 2021.

150 Según el objeto del recurso de casación previsto por el artículo 333 del Código General del Proceso.

151 Sentencia T-417 de 2021.

152 El Tribunal concedió el recurso al constatar el interés jurídico para recurrir en casación, habida cuenta de que “se tiene un estimado por las incidencias futuras pensionales en

cuantía de \$180.705.821, monto que supera ampliamente los 120 salarios mínimos establecidos en el artículo 43 de la Ley 712 de 2001”. Lo anterior, según lo indicado en auto del 17 de mayo de 2022.

153 De acuerdo con la información obtenida en la página Web de consulta de procesos de la Rama Judicial.

154 Cuaderno “01. Escrito de tutela 65490 (1).pdf”, fl. 9.

155 El expediente fue repartido y radicado en la Corte Suprema de Justicia el 12 de agosto de 2022.

156 El término para interponer la demanda de casación es de 15 días hábiles, siguientes a la notificación de la sentencia de segunda instancia, la cual, en el presente caso, fue notificada por edicto el 9 de diciembre de 2021, según la constancia emitida por la Secretaría de la Sala Laboral del Tribunal Superior el Distrito Judicial de Bogotá el 12 de septiembre de 2022.

157 Información obtenida de la página Web de consulta de procesos de la Rama Judicial.

158 Sentencia SU-179 de 2021.

159 Ibid.

160 Ibid.

161 Esta condición exige la acreditación de la situación de invalidez del accionante y su pertenencia a un grupo de especial protección constitucional o que está en una situación de riesgo derivada, por ejemplo, de una condición de (i) analfabetismo; (ii) vejez; (iii) pobreza extrema, entre otros.

162 Según el dictamen No. 2017218403VV del 1 de junio de 2017.

164 De lo cual dan cuenta (i) la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue negada mediante la Resolución SUB277778 del 30 de noviembre de 2017 y (ii) las resoluciones SUB58180 del 28 de febrero de 2018 y DIR5433 del 14 de marzo de 2018, por medio de las cuales se resolvieron los recursos de reposición y apelación, respectivamente.

165 Debe poder inferirse razonablemente que la carencia del reconocimiento de la pensión de invalidez afecta directamente la satisfacción de las necesidades básicas del accionante, esto es, su mínimo vital y, en consecuencia, su vida en condiciones dignas.

166 Según consulta en el RUAF efectuada el 11 de diciembre de 2022.

167 Sentencia T-379 de 2022.

168 Sentencia T-428 de 2022.

169 Sentencia T-507 de 2007.

170 Sentencia T-428 de 2022.

171 Deben valorarse como razonables los argumentos que proponga el accionante para justificar la imposibilidad de haber cotizado las semanas previstas por las disposiciones vigentes al momento de la estructuración de la invalidez.

172 Si bien, mediante el dictamen No. 2017218403VV del 1 de junio de 2017 el tutelante fue calificado con una pérdida de capacidad laboral estructurada el 17 de abril de 2017, al referirse al historial clínico que sirvió de sustento para la valoración, en el formato de calificación emitido por Colpensiones se expresa “neurología 17/04/2017: paciente con enfermedad de Parkinson diagnosticada en 2007” (énfasis propio) (expediente digital. Cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fl. 43). Asimismo, en la demanda ordinaria laboral la apoderada del actor afirma que “el señor Rafael Arévalo Rosales, viene padeciendo de la enfermedad de Parkinson desde el año 2007” (énfasis propio) (expediente digital. Cuaderno “exp.2019 804.pdf”, fl. 59).

173 1 de abril de 1994.

174 Acuerdo publicado en el diario oficial el 18 de abril de 1990.

175 Demanda de tutela, fl. 12.

176 Comunicación del 12 de septiembre de 2022, aportada en el trámite de revisión. fl. 3.

177 M.P. Giovanni Francisco Rodríguez Jiménez. Radicado No. 94966.

178 Sentencias T-417 de 2021 y T-181 de 2023.

179 Sentencia SU-026 de 2021.

180 Salvamentos de voto a las sentencias SU-005 de 2018 y SU-556 de 2019, entre otras.

181 Cfr. Salvamento de voto a la Sentencia T-166 de 2021. En el caso resuelto por la Sentencia T-218 de 2023, el accionante tenía 71 años de edad.

182 Estos argumentos fueron expuestos inicialmente en el salvamento de voto de la Sentencia SU-005 de 2018.

183 Estos argumentos fueron expuestos inicialmente en el salvamento de voto de la Sentencia T-166 de 2021, en concordancia con los salvamentos a las sentencias SU-005 de 2018 y SU-556 de 2019.