

PENSION DE INVALIDEZ E INDEMNIZACION SUSTITUTIVA-Reconocimiento previo de indemnización sustitutiva no es justificación para negar pensión de invalidez si cumple los requisitos

PENSION DE INVALIDEZ Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Test de procedencia

La indemnización sustitutiva es una de las prestaciones del Sistema General de Seguridad Social en pensiones prevista para aquellas personas que, al cumplir la edad requerida para pensionarse, no cumplan con la densidad de semanas cotizadas requeridas y no puedan o no deseen continuar realizando aportes para obtener la pensión

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

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA Y PENSION DE INVALIDEZ-Reconocimiento de indemnización sustitutiva no puede constituir una barrera para estudiar nuevamente solicitud de pensión de invalidez

Esta Corporación ha sostenido que el otorgamiento previo de una indemnización sustitutiva al accionante no representa un impedimento para que se estudie y reconozca, en caso de ser procedente, su derecho a la pensión de invalidez, pues resulta posible efectuar un “descuento” o “compensación” entre las prestaciones sociales. Por ende, aun cuando el Decreto 1730 de 2001 establece la incompatibilidad entre las indemnizaciones sustitutivas

de vejez y de invalidez y las pensiones que cubren dichas contingencias, dicha regla no constituye un impedimento para que los fondos de pensiones estudien nuevamente el derecho de un afiliado al que le fue reconocida una indemnización sustitutiva. Asimismo, el eventual otorgamiento de la pensión de invalidez o vejez al beneficiario de una indemnización sustitutiva por alguno de los riesgos mencionados no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues pueden adoptarse mecanismos para asegurar que los aportes del asegurado financien solamente una prestación, como la deducción de las mesadas del monto ya reconocido.

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Orden a Colpensiones descontar del pago de las mesadas pensionales, lo cancelado previamente al actor por concepto de indemnización sustitutiva

Referencia: Expediente T-7.662.765

Acción de tutela presentada por Fernando de Jesús Gaviria Betancourt contra COLPENSIONES.

Procedencia: Tribunal Administrativo del Meta- Sala Cuarta Oral.

Vinculada: MEDIMÁS EPS

Asunto: La indemnización sustitutiva no puede constituir una barrera para estudiar nuevamente solicitud de pensión de invalidez; principio de favorabilidad y aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., siete (7) de julio de dos mil veinte (2020)

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

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de segunda instancia, dictado por la Sala Cuarta Oral del Tribunal Administrativo del Meta del 23 de septiembre de 2019, que revocó la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Villavicencio, del 14 de agosto de 2019, en el proceso de tutela promovido por Fernando de Jesús Gaviria Betancourt contra la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES).

Conforme a lo consagrado en los artículos 86 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, la Sala de Selección Número Once de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, el asunto de la referencia¹.

El presente asunto, estuvo sujeto a la suspensión de términos decretada por el Consejo Superior de la Judicatura debido a la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia que afectó a Colombia. De igual manera, por tratarse de vacancia judicial en Semana Santa, durante los días 4 a 12 de abril de 2020, los términos judiciales tampoco corrieron.

I. ANTECEDENTES

Fernando de Jesús Gaviria Betancourt, en nombre propio, presentó acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES), por considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, al mínimo vital, a la salud y a la “estabilidad económica”².

A. Hechos y pretensiones

1. El tutelante indica que nació el 7 de agosto de 1955, por lo que, tiene 64 años de edad.

Además, menciona que sufre de “hipoacusia mixta conductiva y neurosensorial, bilateral severa”³ y “otoesclerosis bilateral”⁴, circunstancias que le exigen usar audífonos desde hace más de 14 años⁵.

2. Relata que desde hace 42 años se encuentra casado con Myriam de Jesús Acevedo Gaviria, con quien tiene tres hijos, uno de ellos, Carlos Andrés Gaviria Acevedo, en situación de discapacidad, pues padece de “parálisis cerebral atáxica, retardo sicomotor [y] gastritis crónica”⁶.

3. Informa que estuvo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones a través de COLPENSIONES, entidad que mediante la Resolución No. SUB 176467 del 28 de agosto de 2017, notificada al accionante el 13 de septiembre de 2017, le reconoció y ordenó el pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez, en cuantía única de \$7.337.655, valor que ingresó a nómina en el mes de septiembre de 2017.

4. No obstante, refiere que el 4 de abril de 2018 solicitó ante dicha entidad iniciar el proceso de calificación de invalidez, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1072 de 2015, para establecer su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el origen y fecha de estructuración de la enfermedad que padece y que, además, lo “imposibilita para conseguir un trabajo”⁹.

5. Mediante comunicación BZ2018_3677296_1312677 del 3 de mayo de 2018, COLPENSIONES dio respuesta negativa a su solicitud por haber “recibido indemnización sustitutiva por vejez”, lo que trae como consecuencia que no sea “calificable al quedar por fuera del Sistema General del (sic) Pensiones en concordancia con el artículo 5 del Decreto 1730 de 2001”¹⁰.

6. Los días 14 y 20 de junio de 2018, el accionante radicó ante COLPENSIONES y MEDIMÁS EPS comunicaciones a través de las cuales informó a dichas entidades que solicitaría ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta ser calificado para obtener pensión de invalidez¹¹.

7. En consecuencia, el actor presentó el 6 de agosto de 2018 solicitud ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta para que se diera inicio al “trámite de calificación en primera oportunidad”, en aplicación del artículo 2.2.5.1.25 del Decreto 1072 de 2015¹².

8. Manifiesta que el 14 de agosto de 2018 fue valorado por los médicos de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta y, posteriormente, el 17 de agosto de 2018, dicha entidad emitió dictamen No. 8549, en el que se determinó que su calificación de pérdida de capacidad laboral es del 58.1%, de origen común y fecha de estructuración del 12 de abril de 2013.

9. Con el resultado del dictamen en firme¹³, el 23 de octubre de 2018 el accionante presentó solicitud de reconocimiento y pago de pensión de invalidez ante COLPENSIONES, radicada bajo el No. 2018_1340439014.

10. El 8 de enero de 2019, a través de la Resolución SUB 2109, la administradora de pensiones le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, por considerar que el actor no acreditó 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de invalidez, tal como lo dispuso el legislador en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003¹⁵. En el caso concreto, no hubo prueba de cotizaciones efectuadas entre el 12 de abril de 2010 al 12 de abril de 2013. Además, COLPENSIONES aseguró que al accionante no se le puede aplicar la condición más beneficiosa porque, de acuerdo con las sentencias de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia “del 25 ene. 2017, rad. 44596 y... del 25 de feb. 2017, rad. 45262”¹⁶, solo es posible diferir el efecto general inmediato de la Ley 860 de 2003 en el tiempo,

exclusivamente a los afiliados “que a la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento tenían una expectativa legítima de derecho y cuya invalidez se estructuró entre el 29 de diciembre de 2003 al 29 de diciembre de 2006”¹⁷.

11. Alega el accionante que en su caso es aplicable lo dispuesto en el literal b) del artículo 6º del Decreto 758 de 1990, que exige que el interesado en obtener la pensión de invalidez de origen común: (i) sea “inválido permanente, total o inválido permanente absoluto o gran inválido”; y (ii) haya cotizado 300 semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez. En concreto, sostiene que tiene cotizados “3094 días, equivalentes a 442 semanas cotizadas antes del 01 de abril de 1994.... reportadas entre el 24-03-1982 y 21-01-1990”¹⁸.

12. Sobre su situación particular, relata que no tiene trabajo por la enfermedad que padece y que es su esposa quien cotiza al Sistema General de Seguridad Social, por lo que es su beneficiario en salud, al igual que su hijo en situación de discapacidad. Igualmente, expone que vive en arriendo y “el único sustento de mi familia, está representado en las pocas ayudas que recibo de mis hijos, quienes ya tienen hogares formados”¹⁹, ya que sus gastos mensuales ascienden a \$400.000, “entre servicio de luz, agua y gas”²⁰.

13. Con fundamento en los hechos anteriormente narrados, solicita que se amparen sus derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna y, en consecuencia, que se ordene a COLPENSIONES reconocer y pagar a su favor la pensión de invalidez a la que tiene derecho, “por haberse estructurado una expectativa legítima”²¹ en su favor.

B. Actuación procesal

Respuesta de COLPENSIONES

La Directora de Acciones Constitucionales de COLPENSIONES solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela impetrada por el señor Gaviria Betancourt, al considerar que no cumple con el requisito de subsidiariedad, pues el actor no agotó todos los mecanismos judiciales con los que cuenta en la jurisdicción ordinaria laboral.

Además, hizo referencia a las Sentencias T-528 de 1998²³, T-660 de 1999²⁴, T-344 de 2011²⁵ y T-043 de 2014²⁶, para concluir que esta Corporación ha reconocido la improcedencia de la acción de tutela para resolver pretensiones de índole pensional. Por ende, afirmó que “el ciudadano pretende desnaturalizar la acción de tutela pretendiendo que, por medio de un proceso caracterizado por la inmediatez y la subsidiariedad, sean reconocidos derechos que son de conocimiento del juez ordinario competente a través de los mecanismos legales establecidos para ello”²⁷.

Más adelante, la representante de la entidad reiteró la obligación del juez de tutela de defender el patrimonio público de COLPENSIONES de acuerdo con lo previsto en el artículo 88 de la Constitución Política y el literal e) del artículo 4 de la Ley 472 de 1998, en consonancia con lo dispuesto por esta Corte en Sentencia T-399 de 2013²⁸, en la que se hizo explícito que: “La defensa del patrimonio público como derecho colectivo, debe ser observado por todas las autoridades estatales, incluso por parte de las autoridades judiciales, quienes emiten providencias que pueden generar la intervención del erario público, y ésta debe estar plenamente justificada en material probatorio suficiente y acorde con las circunstancias de cada caso concreto”.

Ahora bien, en lo que respecta al caso concreto del accionante, informó que, en efecto, en el mes de octubre de 2018 el actor solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, pero no se accedió a sus pretensiones porque, tal como se estipuló en la Resolución SUB2109 del 8 de enero de 2019, no acreditó el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los

tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, del 12 de abril de 2010 al 12 de abril de 2013²⁹, pues el actor solo acredita “3.094 días laborados, correspondientes a 442 semanas”, en el siguiente periodo de tiempo³⁰:

EMPLEADOR

PERIODO

TIEMPO COTIZADO

FRANC SÁNCHEZ JORGE A.

4º de febrero de 1982 al 24 de marzo de 1982

49 días

19 de julio de 1982 al 30 de agosto de 1982

43 días

COASERV LTDA.

2º de noviembre de 1982 al 31 de diciembre de 1982

60 días

226 días

SIN NOMBRE NP

10012100003

16 de agosto de 1983 al 31 de octubre de 1983

77 días

1º de noviembre de 1983 al 31 de marzo de 1984

152 días

1º de abril de 1984 al 30 de marzo de 1985

395 días

5º de mayo de 1985 al 31 de marzo de 1986

335 días

1º de abril de 1986 al 31 de agosto de 1986

153 días

1º de septiembre de 1986 al 31 de diciembre de 1986

122 días

1º de enero de 1987 al 31 de marzo de 1987

90 días

1º de abril de 1987 al 31 de marzo de 1988

366 días

1º de abril de 1988 al 30 de noviembre de 1988

244 días

1º de diciembre de 1988 al 31 de marzo de 1989

121 días

1º de abril de 1989 al 30 de septiembre de 1989

183 días

1º de octubre de 1989 al 31 de marzo de 1990

182 días

1º de abril de 1990 al 31 de julio de 1990

122 días

1º de agosto de 1990 al 30 de septiembre de 1990

61 días

1º de octubre de 1990 al 21 de enero de 1991

113 días

Finalmente, reiteró que la incapacidad del señor Gaviria Betancourt no tiene fecha de estructuración entre el 29 de diciembre de 2003 y el 29 de diciembre de 2006, por lo que no le es aplicable el principio de la condición más beneficiosa, de acuerdo con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, en Sentencia Rad. 445964, que modificó el concepto técnico No. 2017_12672083 del 29 de noviembre de 2017 y, según el cual, dicho beneficio “se predica exclusivamente de aquellos afiliados que a la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento tenían una expectativa legítima de derecho y cuya invalidez se estructuró entre el 29 de diciembre de 2003 al 29 de diciembre de 2006”.

C. Decisiones objeto de revisión

Fallo de tutela de primera instancia

Mediante fallo del 14 de agosto de 2019³¹, el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de

Villavicencio amparó los derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna y seguridad social del accionante y, en consecuencia, ordenó a COLPENSIONES reconocer y pagar a su favor pensión de invalidez, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990 y “las reglas y subreglas jurisprudenciales fijadas en la Sentencia SU-442 de 2016, so pena de incurrir en desacato”³².

En lo referente a la procedencia de la acción de tutela, el fallador determinó que el actor si bien pudo acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para ventilar sus pretensiones, dicho mecanismo carece de eficacia “para lograr en un término oportuno la protección de sus garantías fundamentales”³³, pues el accionante es un sujeto de especial protección que: (i) carece de recursos propios, pues depende de las ayudas de sus hijos y el trabajo de su esposa; (ii) no se encuentra en condiciones de trabajar, debido a su enfermedad; (iii) tiene 64 años de edad, es decir, “pertenece al grupo de las personas de la tercera edad, en los términos de los artículos 46 constitucional, 07 de la Ley 1276 de 2009 y la jurisprudencia de la Corte”³⁴; y (iv) debe sufragar los gastos de subsistencia de su hijo Carlos Gaviria, quien padece discapacidad mental y física. Adicionalmente, consideró que la acción de tutela, al haber sido interpuesta “7 meses” después de la Resolución que le negó la pensión de vejez, cumple con el requisito de inmediatez.

Posteriormente, al analizar el caso concreto, el juez de instancia encontró probado que el señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 58,1%, según dictamen No. 8549 del 17 de agosto de 2018, con fecha de estructuración del 12 abril de 2013, y cotizó a COLPENSIONES 442 semanas, es decir, 3094 días, entre 1982 y 1990, por lo que concluyó que dicha entidad vulnera sus derechos fundamentales al negar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por él solicitada, “al no dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, cuya sub regla se desprende de la sentencia de unificación de la Corte Constitucional SU-442 de 2016, en la que se determinó que es procedente... en aplicación de los requisitos del Decreto 758 de 1990”³⁵.

Finalmente, sostuvo que a pesar de que el actor ya recibió una indemnización sustitutiva por

\$7.337.655, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución No. SUB 176467 del 28 de agosto de 2017, esto no es impedimento para que sea evaluado nuevamente su derecho pensional sin afectar la sostenibilidad financiera de la administradora de pensiones, pues existen mecanismos para que se deduzca de las mesadas lo que recibió por concepto de indemnización sustitutiva.

Impugnación

En desacuerdo con la decisión de primera instancia, la representante de COLPENSIONES presentó impugnación, en la cual reiteró que el accionante no agotó los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por lo que no cumple con el requisito de subsidiariedad. Sumado a lo anterior, manifestó que la administradora de pensiones dio respuesta oportuna a las solicitudes elevadas por el actor y “no puede entenderse que al negarse la petición se afecten derechos fundamentales, pues es claro que a la administración le está dado resolver negativamente cualquier solicitud”³⁶ cuando, a partir de su estudio, concluya que no es factible acceder a la misma. En consecuencia, solicitó revocar el fallo de primera instancia y, en su lugar, declarar la improcedencia del amparo y “el archivo del presente trámite de tutela”³⁷.

No obstante lo anterior, el 28 de agosto de 2019, COLPENSIONES remitió al despacho del Tribunal Administrativo del Meta, Sala Cuarta Oral, juez de segunda instancia en este trámite de tutela, oficio en el que informó que si bien había presentado impugnación del fallo de tutela, de acuerdo con lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, dio cumplimiento a dicha sentencia mediante Acto Administrativo SUB 229408 del 23 de agosto de 2019, en el que se estipuló lo siguiente:

“...En cumplimiento al fallo de tutela proferido por (sic) JUZGADO NOVENO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE VILLAVICENCIO el 14 de agosto de 2019 se reconoce y ordena el pago a

favor del (la) señor(a) GAVIRIA BETANCOURT FERNANDO DE JESUS, ya identificado (a), de una pensión mensual vitalicia INVALIDEZ de CARÁCTER DEFINITIVO...” (Negrillas y subraya fuera del texto original).

Al respecto, precisó que dicho acto administrativo se encontraba en trámite de notificación a través de sus aplicativos, por lo que se harían tres intentos telefónicos para comunicar al actor de la decisión emitida y, en caso de no poder contactarse con él por ese medio, COLPENSIONES debería generar una carta de citación con el fin de realizar el proceso de notificación personal. En última instancia, se realizaría notificación por aviso.

Por lo anterior, solicitó declarar el cumplimiento por parte de COLPENSIONES a la orden dada en el fallo de tutela del 14 de agosto de 2019, “sin perjuicio de las decisiones que eventualmente se adopten... en razón de la impugnación presentada por esta entidad”³⁸.

Fallo de tutela de segunda instancia

El 23 de septiembre de 2019, el Tribunal Administrativo del Meta, Sala Cuarta Oral, revocó el fallo de tutela de primera instancia y en su lugar, negó el amparo constitucional otorgado al accionante, dado que: (i) el actor no acreditó un grado de diligencia mínimo, pues no agotó los mecanismos que tenía para satisfacer sus pretensiones, por ejemplo, la interposición de recursos contra la resolución que negó su pensión de invalidez o interponer demanda ante el juez laboral o administrativo; (ii) la negativa dada al accionante por parte de COLPENSIONES es clara y da razones suficientes para no acceder al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez pretendida; (iii) el juzgado de primera instancia catalogó indebidamente al actor como persona de la tercera edad; y (iv) el señor Gaviria Betancourt, al haber recibido la indemnización sustitutiva, “no contaba con ningún soporte financiero para la prestación reclamada”³⁹.

D. Actuaciones en sede de revisión

Auto del 12 de febrero de 2020

Mediante Auto del 12 de febrero de 2020⁴⁰, esta Sala solicitó al accionante allegar información referente a su situación social y económica e, igualmente, a su estado actual de salud y al de su núcleo familiar. Adicionalmente, a COLPENSIONES se le ofició para que informara: (i) las semanas cotizadas por el accionante a la fecha, (ii) si la Resolución SUB 229408 del 23 de agosto de 2019, por medio de la cual reconoció la pensión de invalidez del actor en cumplimiento de la sentencia de tutela de primera instancia, fue notificada al actor y estaba en firme; y (iii) todos los cambios en el proceso de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitada por el señor Gaviria Betancourt.

Además, se ofició a la Central de Información Financiera (CIFIN-TRANSUNION) para obtener mayor información sobre las condiciones económicas del accionante y a la Oficina de Instrumentos Públicos de la ciudad de Villavicencio, Meta, para conocer si el señor Gaviria tiene bienes inmuebles registrados a su nombre. Igualmente, se ofició a MEDIMÁS EPS con el propósito de obtener la historia clínica del actor y su hijo Carlos Andrés Gaviria Acevedo.

Respuesta del señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt

Mediante correo electrónico recibido en esta Corporación el 17 de febrero de 2019⁴¹, el accionante informó que vive con su esposa y su hijo en situación de discapacidad, y que a la fecha no trabaja ni realiza ninguna actividad que le genere ingresos debido a su condición médica. Al respecto, refirió que “a medida que me pongo más viejo y mis (sic) sordera

aumenta, se me dificulta mucho salir y realizar incluso actividades cotidianas, porque el zumbido en mis oídos me molesta mucho”⁴². Sumado a lo anterior, expuso que diariamente se encarga del cuidado de su hijo Carlos Andrés Gaviria, quien se encuentra en condición de discapacidad.

A su vez, manifestó que los gastos mensuales del núcleo familiar son los siguientes: “Arriendo: \$250.000; energía: \$60.000; agua: \$70.000; gas y servicio de aseo: \$52.000; alimentación: \$200.000; transporte: \$50.000 (para salir a las citas médicas y cuotas moderadoras)”⁴³. Asimismo, aclaró que los ingresos con los cuales sufraga dichos gastos provienen de ayudas que ocasionalmente le brindan sus otros 3 hijos, lo que logra obtener su esposa con su trabajo como costurera y aportes de familiares lejanos.

Sobre las ayudas económicas que mensualmente le dan sus hijos y la situación de salud actual de cada uno de ellos, expuso que: (i) Lina Jazbleidy Gaviria Acevedo sufre de la enfermedad de Von Willebrand, diagnosticada desde 2009⁴⁴ y en la actualidad es ama de casa, sin empleo, por lo que no le presta ayuda económica, pero anteriormente le daba aproximadamente \$100.000 mensuales⁴⁵; (ii) Erika Marcela Gaviria, padece de fibromialgia⁴⁶ y, al igual que su hermana, se encuentra desempleada pero previamente le colaboraba mensualmente con \$100.000 para su manutención⁴⁷; y (iii) Diego Fernando Gaviria, sufre de hipertensión y queratocono bilateral hace 5 años⁴⁸, es peluquero y aporta mensualmente \$250.000 o \$300.000 e, igualmente, es quien paga los aportes de la señora Myriam de Jesús Acevedo al Sistema General de Seguridad Social en Salud⁴⁹.

En lo que respecta a los ingresos generados por la esposa del accionante, este afirma que provienen de su trabajo como costurera y, por ende, no son fijos, ya que dependen de la cantidad de arreglos de ropa que haga. Refiere que su esposa es “diabética, hipertensa, tiene una bacteria en el estómago, tiene 3 hernias en la columna y se queja de dolores constantes en el cuerpo”⁵⁰.

Ahora bien, sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada en la presente acción, el señor Gaviria Betancourt relató que: (i) ante la Resolución SUB2109 de 2019, en la que COLPENSIONES le negó el reconocimiento pensional pretendido, no interpuso recurso alguno ni tampoco ha presentado demanda en la jurisdicción ordinaria⁵¹; (ii) fue notificado de la Resolución SUB 229408 del 23 de agosto de 2019, en la que COLPENSIONES reconoció a su favor pensión de invalidez en cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia y, por solicitud de dicha administradora de pensiones, abrió cuenta de ahorros el 26 de septiembre de 2019 en el Banco de Bogotá⁵² para recibir su mesada pensional e, igualmente, se afilió como cotizante al Sistema General de Seguridad Social en Salud a MEDIMÁS EPS⁵³; no obstante, (iii) fue notificado por el Tribunal Administrativo del Meta de la revocatoria del fallo de tutela que concedió a su favor pensión de invalidez y, posteriormente, “el 1 de octubre de 2019, llamaron a mi hijo Diego para que fuera a COLPENSIONES que me iban a dar un papel, y ese papel era la RESOLUCIÓN SUB 265824 del 27 de septiembre de 2019, donde me dicen que ya no soy pensionado”⁵⁴.

Debido a lo anterior, afirmó que no había recibido atención en salud, ya que MEDIMÁS EPS no le ha permitido volver a afiliarse como beneficiario de su esposa, pues aparece como cotizante con mora en el pago de los aportes. En este punto, mencionó que tiene pendiente “cirugía biliar y una hernia umbilical” junto con cita de control con audiometría para suministro y adecuación de audífonos⁵⁵.

Al respecto, sostuvo que, a pesar de haber presentado dos solicitudes a COLPENSIONES el 17 de diciembre de 2019⁵⁶ y el 9 de enero de 2020⁵⁷ con el propósito de que dicha entidad informara a MEDIMÁS EPS sobre el no reconocimiento pensional a su favor para poder volverse a afiliar como beneficiario de su esposa y poder acceder a los servicios de salud ordenados por los médicos tratantes, estas peticiones no fueron respondidas.

Por último, aclaró que la razón por la cual no efectuó cotizaciones a COLPENSIONES desde 1990 es su enfermedad. En concreto, manifestó que su último trabajo fue para Coca-Cola y “cuando me hacían los exámenes de ingreso para conductor o para obrero de fábrica, salía que tenía problemas de oídos y no me daban el trabajo, me decían que gracias por participar en el proceso de selección y que después me llamaban y nunca me llamaron”⁵⁸.

Adicionalmente, expuso que no cuenta con título universitario, ni estudios o “conocimientos específicos en un arte y oficio”⁵⁹, por lo que solo logró obtener trabajos esporádicos estos años, como, por ejemplo, conductor de taxi, pero “cuando se dieron cuenta [del problema] de mis oídos...me quitaron el trabajo”⁶⁰ y en dicho empleo no fue afiliado al Sistema General de Seguridad Social.

Respuesta de COLPENSIONES

La Directora de Acciones Constitucionales de COLPENSIONES, en escrito remitido a esta Corporación el 2 de marzo de 2020⁶¹, informó que la historia laboral del actor no presenta novedad alguna y a la fecha tiene 442 semanas cotizadas, “desde 24/03/82... hasta 21/01/91”⁶². Además, manifestó que el señor Gaviria Betancourt recibió indemnización sustitutiva de pensión de vejez en el mes de septiembre de 2017, por valor de \$7.337.65563.

Así mismo, expuso que la entidad dio cumplimiento a la decisión del juez de primera instancia y profirió la Resolución SUB 229408 del 23 de agosto de 2019 en la que reconoció a favor del accionante pensión de invalidez, la cual fue notificada al actor por aviso del 21 de agosto de 2019, comunicación que recibió el actor el 26 de septiembre del mismo año⁶⁴. Sin embargo, dicho acto administrativo fue revocado debido a la decisión adoptada por la Sala Cuarta Oral del Tribunal Superior del Meta, mediante Resolución SUB 265824 del 27 de septiembre de 2019⁶⁵. Por ende, a la fecha el actor no ha recibido mesada pensional alguna⁶⁶.

Respuesta de MEDIMÁS EPS

Mediante escrito recibido en esta Corporación el 19 de febrero de 2020⁶⁷, la representante de la Dirección Nacional de Preguntas, Quejas, Reclamos y Tutelas de MEDIMÁS EPS aportó certificado de afiliación del accionante en el que figura como afiliado en calidad de beneficiario de su esposa, Myriam de Jesús Acevedo Villegas, desde el 4 de febrero de 2020⁶⁸.

Auto del 24 de febrero de 2020

Posteriormente, mediante Auto del 24 de febrero de 2020⁶⁹, al haberse identificado nuevas circunstancias relevantes en el caso y, de conformidad con los artículos 19 y 21 del Decreto 2591 de 1991 y 64 y 65 del Acuerdo 02 de 2015, esta Corporación consideró necesario solicitar algunas pruebas adicionales con el fin de contar con mayores elementos de juicio para resolver el asunto de la referencia. En tal providencia se ofició nuevamente al accionante y a COLPENSIONES, fue vinculada al proceso MEDIMÁS EPS y se decretó la suspensión de términos dentro del proceso por un término de cinco (5) días hábiles.

Respuesta del señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt

En correo electrónico enviado a esta Corporación el 28 de febrero de 2020⁷⁰, el accionante relató nuevos hechos sobre su falta de afiliación a MEDIMÁS EPS y los servicios de salud que no le fueron brindados con ocasión del problema de afiliación como cotizante con pagos pendientes, debido a la falta de información por parte de COLPENSIONES a la EPS sobre el no reconocimiento pensional a su favor.

En primer lugar, informó que hace poco su esposa fue notificada por parte de MEDIMÁS EPS sobre la afiliación del actor nuevamente como beneficiario suyo. A raíz de dicha notificación, el accionante fue valorado por medicina general el 20 de febrero de 2020, oportunidad en la que le fue ordenada y suministrada nuevamente la medicina que utiliza por sus problemas de tensión, ya que había sido suspendida su entrega. Adicionalmente, le fueron ordenados varios exámenes de sangre, sobre los que aseveró: “no me los he tomado porque aún no me han dado la cita en el laboratorio”⁷¹.

Por otro lado, expuso que previamente le había sido ordenada cirugía de colecistectomía, la cual no se pudo practicar por su falta de afiliación a MEDIMÁS EPS y, ante dicho procedimiento, le fue informado por SERVIMEDICOS IPS, prestadora de servicios de salud donde se iba a realizar la referida operación, que al no aparecer en el sistema al momento en que fue programado el procedimiento médico previamente y volver a ser afiliado solo hasta “la semana pasada”, a su esposa “le devolvieron el paquete de documentos que se habían entregado para la cirugía y le dijeron que debía empezar todos los trámites nuevamente para poder operarme”⁷². Además, manifestó que aún le queda pendiente asignación de cita de control con otorrinolaringología en virtud de su diagnóstico de hipoacusia mixta conductiva y neurosensorial, bilateral severa y “otoesclerosis bilateral”⁷³.

Finalmente, solicitó a esta Corporación el envío de las respuestas dadas por las demás partes en el proceso a los Autos de prueba de 12 y 24 de febrero de 2019, vía correo electrónico, debido a que no cuenta con los recursos económicos para sufragar el viaje hasta Bogotá y tener conocimiento de dichos elementos probatorios⁷⁴.

A dicha solicitud se dio respuesta mediante auto proferido el 3 de marzo de 2020, en el cual se ordenó el envío de las pruebas de las que tuvo conocimiento esta Corporación, en cumplimiento de lo ordenado en los Autos de 12 y 24 de febrero de 2020⁷⁵.

Respuesta de MEDIMAS EPS

A través de correo electrónico enviado a esta Corporación el 3 de marzo de 2020, MEDIMAS EPS solicitó declarar improcedente la acción de tutela, por no existir a la fecha vulneración alguna al derecho fundamental a la salud del accionante, sumado a que la pretensión principal del amparo “corresponde a solicitud de pensión ante COLPENSIONES”⁷⁶. Igualmente, alegó no tener legitimación por pasiva y por ende, pidió ser desvinculada del proceso.

Así mismo, reiteró que el actor actualmente se encuentra afiliado a la EPS en calidad de beneficiario de su esposa, quien se encuentra al día en el pago de sus obligaciones y por ende, puede acceder a todos los servicios de salud que requiere.

Respuesta de COLPENSIONES

La Directora de Acciones Constitucionales de COLPENSIONES, en respuesta allegada a la Corte el 9 de marzo de 2020⁷⁸, informó que en sus bases de datos hay constancia de dos peticiones presentadas por el accionante en las que solicitó informar a MEDIMAS EPS sobre la revocatoria de pensión invalidez contenida en la Resolución SUB 265824 de 2019, al tener problemas de afiliación con dicha entidad.

Al respecto, relató que a la solicitud presentada el 17 de diciembre de 2019 se dio respuesta mediante comunicación SEM 2019-425701 del 20 de diciembre de 2019⁷⁹, y a la petición fechada el 10 de enero de 2020, se contestó mediante oficio BZ2020_440539-0087011 del 28 de febrero de 2020⁸⁰.

Finalmente, expuso que la Dirección de Nómina de Pensionados, en cumplimiento a la Resolución SUB No. 22408 del 23 de agosto de 2019, para la nómina de septiembre de 2019, pagadera en octubre del mismo año, “giró los valores correspondientes a la mesada pensional y al aporte a salud”⁸¹. Al respecto, informó que mediante requerimiento interno 2019_13074645 del 27 de septiembre de 2019 la Dirección de Prestaciones Económicas de COLPENSIONES, emitió orden de no pago de mesada pensional reconocida mediante Resolución SUB No. 229408 del 23 de agosto de 2019 debido a que el fallo de tutela que la soportaba fue revocado por decisión del Tribunal del Meta mediante sentencia del 23 de septiembre de 2019. Refiere que “en virtud de lo anterior no se alcanzó a realizar el pago siquiera de la mesada pensional, sin embargo, si se realizó el giro a la EPS de los aportes en salud de septiembre de 2019”⁸².

Posteriormente, el Gerente de Defensa judicial de COLPENSIONES, en escrito remitido el 12 de marzo de 2020⁸³, solicitó declarar improcedente la acción de tutela, al considerar que el caso del accionante no cumple con las cuatro condiciones adicionales establecidas en el test de procedencia consagrado en la Sentencia SU-556 de 2019, pues en su criterio: (i) aparte de su situación de invalidez, no demostró estar en una situación de riesgo adicional por su edad, pues tiene 64 años y “no tiene la edad requerida para ser una persona perteneciente al grupo poblacional de adultos mayores”, así tampoco probó encontrarse en situación de pobreza extrema pues su esposa figura como trabajadora dependiente en la Caja de Compensación Familiar Regional del Meta, e igualmente, consideró que el dictamen de pérdida de capacidad laboral da cuenta que su patología no ostenta la calidad de crónica, catastrófica, congénita o degenerativa; (ii) no hay prueba de posible afectación a su mínimo vital, pues cuenta con el apoyo económico de su esposa e hijos; (iii) no fueron claras las razones por las cuales el actor no cotizó las semanas requeridas en la ley vigente al momento de la estructuración de su invalidez; y (iv) el accionante no fue diligente al solicitar la pensión de invalidez, pues no interpuso los recursos legales contra al acto administrativo que en un primer momento rechazó sus pretensiones, e igualmente, no acudió a la justicia ordinaria laboral.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

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

Asunto objeto de revisión y planteamiento del problema jurídico

1. En el presente caso el señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt, a nombre propio, interpuso acción de tutela contra COLPENSIONES por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, al mínimo vital, a la salud y a la “estabilidad económica”, debido a que esta le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, bajo el argumento de que previamente la entidad había reconocido a su favor indemnización sustitutiva de pensión de vejez e, igualmente, por no acreditar 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tal como lo dispuso el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

1. Al respecto, el actor informó que: (i) COLPENSIONES, mediante la Resolución No. SUB 176467 del 28 de agosto de 2017, reconoció y ordenó el pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez en cuantía única de \$7.337.655; (ii) por petición del actor, el 6 de agosto de 2018, la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta emitió dictamen No. 8549 y determinó que su pérdida de capacidad laboral ascendía al 58.1%, con fecha de

estructuración el 12 de abril de 2013; (iii) el 23 de octubre de 2018 el accionante presentó solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante COLPENSIONES, petición que fue negada a través de la Resolución SUB 2109 del 8 de enero de 2019, sin considerar que cumple los requisitos establecidos en el literal b), del artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990, pues está probada su pérdida de capacidad laboral y a la fecha tiene 442 semanas cotizadas entre el 24 de marzo de 1982 y el 21 de enero de 1990; y (iv) debido al fallo de tutela de primera instancia que amparó sus derechos fundamentales y la posterior sentencia del ad quem que revocó dicha decisión, mediante Resoluciones SUB 229408 y SUB 265824 de 2019 le fue concedida y negada la pensión de invalidez, respectivamente, lo que causó que no pudiera acceder a distintos servicios de salud ordenados por sus médicos tratantes, pues MEDIMÁS EPS, se había negado a afiliarlo como beneficiario de su esposa al figurar como cotizante con pagos pendientes.

1. Además debido a la falta de reconocimiento pensional, el accionante afirmó que su mínimo vital se ve afectado cada día, pues no genera ingreso alguno debido a su enfermedad, ya que no logra conseguir empleo, se dedica diariamente al cuidado de su hijo en condición de discapacidad y, en consecuencia, para pagar los gastos del hogar utiliza las ayudas económicas que sus hijos le brindan cuando tienen empleo, junto con las ganancias que genera su esposa con trabajos de costura, por lo que apenas alcanza a sobrevivir mensualmente. Además, expuso que su esposa sufre de distintas patologías que poco a poco han mermado su capacidad de trabajo.

1. Así, de la situación fáctica planteada, en caso de superarse la procedibilidad de la acción, la Sala deberá decidir el siguiente problema jurídico:

¿COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por haberle otorgado previamente una indemnización sustitutiva, al considerar que no acreditó 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de invalidez, tal como lo

dispuso el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, y encontrar no aplicable el principio de la condición más beneficiosa?

1. Para resolver el problema jurídico anterior, la Sala reiterará las reglas sobre (i) el alcance de la indemnización sustitutiva y (ii) el principio de la condición más beneficiosa; para, finalmente, (iii) resolver el caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela

Legitimación en la causa por activa⁸⁴

1. El artículo 86 de la Constitución establece la facultad que tiene toda persona para interponer la acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados.

1. En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que la acción de tutela fue interpuesta por el señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt, persona natural que busca la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital, que considera vulnerados por COLPENSIONES. En consecuencia, la legitimación por activa, en los términos del artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, se encuentra comprobada.

Legitimación por pasiva

1. Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, al estar llamado a responder por la presunta vulneración o amenaza del derecho fundamental invocado, en el evento en que se acredite la misma en el proceso⁸⁵. Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares: (i) encargados de la prestación de un servicio público; (ii) cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o (iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, de acuerdo con los casos que la ley establezca para el efecto, entre otros eventos⁸⁶.

1. En el presente asunto, la acción de tutela se dirige, de una parte, contra COLPENSIONES que, según el artículo 1° del Decreto 309 de 2017, es una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida, incluida la administración de los beneficios económicos periódicos de que trata el Acto Legislativo 01 de 2005.

Además, es la administradora de pensiones en la que se encuentra afiliado el accionante y, en caso de hallarse demostrada la violación de los derechos fundamentales, es la llamada a asumir las actuaciones tendientes a su respectiva reivindicación. Por ende, su legitimación por pasiva en el presente asunto se encuentra probada.

1. Así mismo, se constata que MEDIMÁS EPS es una entidad prestadora del servicio público de salud, a la cual se encuentra afiliado el señor Gaviria Betancourt, y, en consecuencia, está legitimada por pasiva para actuar en este proceso.

De acuerdo con lo anterior, se encuentra demostrada la legitimación por pasiva de la entidad

e institución accionada y vinculada, respectivamente.

Inmediatez⁸⁷

1. En virtud del artículo 86 de la Constitución, esta Corporación ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la acción de tutela se puede interponer “en todo momento”⁸⁸ y, por ende, no tiene término de caducidad. No obstante, si bien es cierto que tal término no existe, de la naturaleza de esta acción como mecanismo para la “protección inmediata” de los derechos fundamentales, se puede establecer que su finalidad es la de dar una solución pronta a las situaciones que tengan la potencialidad de generar una vulneración o amenaza a derechos fundamentales.

1. Sobre este particular, aunque la Corte no ha fijado un plazo concreto que se considere razonable para interponer la acción de tutela, sí ha establecido en su jurisprudencia ciertos elementos que pueden guiar al juez para fijar la razonabilidad del término en el que fue propuesta la acción⁸⁹, tales como: (i) la existencia de razones válidas para la inactividad, (ii) la continuidad del daño causado a los derechos fundamentales y (iii) la posibilidad de que la carga de interposición de la tutela en un plazo razonable resulte desproporcionada, ante una situación de debilidad manifiesta del accionante.

1. En el presente caso se encuentra que la Resolución SUB 2109 del 8 de enero de 2019 fue notificada al accionante el 21 de febrero de 2019⁹⁰ y, contra esta, presentó acción de tutela el 25 de julio de 2019⁹¹. Por lo tanto, el tiempo transcurrido entre la notificación del acto administrativo rebatido, que es la fecha en la que el actor se enteró de la decisión, y la interposición del amparo constitucional fue de menos de 6 meses, lo que acredita el cumplimiento del requisito de inmediatez por ser este un tiempo razonable.

Subsidiariedad⁹²

15. El Decreto 2591 de 1991 establece expresamente que solo procede la tutela cuando “el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial”. Entonces, la procedencia de la acción se encuentra condicionada por el principio de subsidiariedad, bajo el entendido de que no puede desplazar los recursos ordinarios o extraordinarios de defensa⁹³, ni mucho menos a los jueces ordinarios o contencioso administrativos competentes⁹⁴, quienes también tienen la capacidad de resguardar los derechos fundamentales, desde sus respectivas jurisdicciones.

16. No obstante lo anterior, aun cuando exista un mecanismo ordinario para la protección de los derechos fundamentales reivindicados por el accionante, eventualmente la acción de tutela podría ser procedente, sin comprometer el principio de subsidiariedad, cuando: (i) existe otro medio de defensa judicial y el accionante cuenta con él para la defensa de sus derechos, pero este no tiene la virtualidad de conjurar un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio mientras el interesado acude a la vía ordinaria para discernir la situación y se resuelve definitivamente el asunto; o (ii) cuando no obstante existir otro medio de defensa judicial, este no es eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados, caso en el cual la tutela procede de manera definitiva.

17. Cabe anotar que, en relación con las controversias pensionales, la acción de amparo en principio es improcedente, pues, para la defensa de los derechos relacionados con ellas, los interesados tienen el escenario de debate judicial de la jurisdicción laboral.

Sin embargo, se ha admitido que la tutela procede en casos excepcionales en estos asuntos para salvaguardar derechos fundamentales, cuando las circunstancias particulares y específicas del caso concreto permiten concluir que los medios ordinarios para la defensa judicial de los derechos no tienen vocación de ofrecer una protección efectiva y/u oportuna de los derechos reivindicados.

Entonces es necesario revisar que los mecanismos tengan la capacidad material para proteger de forma efectiva e integral los derechos de la persona. Por ello, resulta imperativo verificar si el reclamo del accionante puede ser tramitado y decidido de forma adecuada por la vía ordinaria o si, por su situación particular, acudir a ella, lejos de proteger los derechos, posterga su ejercicio, al punto de vaciar las garantías ius fundamentales en circunstancias especiales.

18. En lo que respecta al reconocimiento y pago de pensión de invalidez, en la Sentencia SU-442 de 201695, la Corte precisó que “el juez constitucional debe ser más flexible al estudiar la procedibilidad cuando el actor es un sujeto de especial protección, o cuando se encuentra en una situación de debilidad manifiesta”⁹⁶ . Por tanto, se precisó que el juez debe dar un tratamiento diferencial positivo a estas personas, ya que “en estos casos [los solicitantes] no puede[n] soportar las cargas y los tiempos procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial de la misma manera que el resto de la sociedad [, pues] los otros mecanismos de defensa no son eficaces en concreto para salvaguardar los derechos en juego”⁹⁷.

19. Sin embargo, en atención a los criterios disímiles adoptados por las distintas salas de revisión de esta Corporación para determinar la procedencia de las acciones de tutela que tiene como pretensión el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la Sala Plena, en la Sentencia SU-556 de 201998, con el propósito otorgar seguridad jurídica al estudio que adelanta esta Corporación sobre dichas pretensiones e, igualmente, para garantizar una igualdad de trato, unificó su jurisprudencia en lo que respecta a la exigencia del ejercicio subsidiario de la acción de tutela, el cual se satisface cuando se acreditan las siguientes 4 condiciones que componen el denominado “test de procedencia”:

Test de procedencia

condición

Debe acreditarse que el accionante, además de ser una persona en situación de invalidez⁹⁹, pertenece a un grupo de especial protección constitucional o se encuentra en una situación de riesgo derivada de, entre otras, alguna de las siguientes condiciones: (i) analfabetismo, (ii) vejez, (iii) pobreza extrema, (iv) cabeza de familia, (v) desplazamiento o (vi) padecimiento de una enfermedad crónica, catastrófica, congénita o degenerativa.

Segunda

condición

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, una vida en condiciones dignas.

Tercera

condición

Deben valorarse como razonables 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.

Cuarta

condición

Debe comprobarse una actuación diligente del accionante para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

20. En lo atinente a la primera condición, la Sala Plena determinó que para evitar un desplazamiento total de la competencia del juez ordinario laboral por la del juez constitucional en asuntos relacionados con el reconocimiento de la pensión de invalidez, no

puede considerarse suficiente la situación de invalidez del accionante, pues esta es el fundamento del reconocimiento de dicha prestación social en sí. Por ende, es razonable exigir la acreditación de circunstancias adicionales que justifiquen el trato preferente del accionante, en relación con otras personas en igualdad de condiciones. Lo anterior, por cuanto la jurisprudencia constitucional ha reconocido que “aún dentro de la categoría de personas de especial protección constitucional existen diferencias materiales relevantes que rompen su horizontalidad y los sitúan en disímiles posiciones de vulnerabilidad que merecen distintos grados de protección”¹⁰⁰.

21. En el caso concreto, se tiene que el señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt sufre de “hipoacusia mixta conductiva y neurosensorial, bilateral severa”¹⁰¹ y, acorde con el dictamen No. 8549 del 17 de agosto de 2018 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, se determinó que su calificación de pérdida de capacidad laboral es del 58.1%, de origen común y fecha de estructuración del 12 de abril de 2013. Por ende, se encuentra probada su situación de invalidez.

Además, esta Corporación encuentra acreditado que, de acuerdo con la historia clínica aportada por el accionante, también padece de “colelitiasis, esteatosis hepática, lesiones focales hepáticas focales compatibles con quistes simples, aumento de tamaño prostático G2, y Hernia Umbilical” ¹⁰², diagnóstico que evidencia el delicado y grave estado de salud del demandante.

22. Adicionalmente, la Sala considera que el actor cumple con la segunda condición adicional enlistada en el primer requisito del test de procedencia, denominada “(ii) vejez”, acorde con lo dispuesto por el legislador, específicamente en el sistema de seguridad social en pensiones.

Al respecto, es de recordar que la Ley 1251 de 2008¹⁰³ definió en su artículo 3º que la vejez

es el “[c]iclo vital de la persona con ciertas características propias que se produce por el paso del tiempo en el individuo”. A su vez, definió el envejecimiento como el conjunto de modificaciones que, debido al transcurrir del tiempo, se generan de forma irreversible en los seres vivos.

Más específicamente en materia pensional, el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, estableció que para acceder a la pensión por el riesgo de vejez, el interesado debe tener, a la fecha, sesenta y dos (62) años, edad en la que se entiende que el legislador considera que una persona ha envejecido.

23. De acuerdo con lo anterior, para la Sala es claro que el señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt tiene 64 años, es decir, ha superado la edad establecida por el legislador para ser beneficiario de la pensión destinada a mitigar el riesgo de vejez, por lo que cumple con la referida condición adicional establecida en la Sentencia SU-556 de 2019.

24. Sumado a lo anterior, esta Corporación pudo constatar la precaria situación económica del accionante y su núcleo familiar, pues acorde con las pruebas aportadas al proceso, se demostró que no tiene vivienda propia y los gastos mensuales de manutención del actor, su esposa e hijo en situación de discapacidad son de aproximadamente \$632.000 pesos, sin contar con los ingresos suficientes para sufragar dicho monto. En concreto, el actor expuso que: (i) actualmente no genera ingresos, por cuanto no trabaja ni desempeña ninguna actividad que le permita percibir recurso alguno, ya que su discapacidad lo imposibilita para ello y depende completamente de los aportes mensuales que sus hijos ocasionalmente le brindan, cada uno entre \$80.000 y \$100.000 pesos; (ii) “las ayudas de terceros cada día se ven disminuidas”¹⁰⁴, toda vez que a la fecha recibe ayuda económica solamente de su hijo Diego Gaviria, quien es el único que tiene trabajo como peluquero, ingresos también inestables e insuficientes para soportar la manutención del actor, sumado a que también se encarga de cotizar a nombre de su progenitora al Sistema General de Seguridad Social, con lo cual, tanto el actor como su hijo en condición de discapacidad, Carlos Gaviria, han podido

acceder a los servicios de salud que requieren; y (iii) la esposa del actor, quien es costurera y se dedica a realizar arreglos de ropa ocasionalmente, no tiene ingresos fijos mensuales, pues todo depende de los trabajos que le sean ordenados, cantidad que se ha disminuido por los continuos dolores en el cuerpo y espalda que padece¹⁰⁵. Además, ha sido diagnosticada con trastorno tiroideo y diabetes¹⁰⁶.

Finalmente, es de tenerse en cuenta que el actor y su esposa se encargan diariamente de los cuidados requeridos por su hijo Carlos Gaviria, “hacerle de comer, bañarlo y paladiarlo”, ya que padece de “parálisis cerebral atáxica, retardo sicomotor... gastritis crónica”¹⁰⁷.

25. Las circunstancias previamente descritas dan cuenta de que el actor, además de ser un sujeto de especial protección debido a su situación de discapacidad, sufre de varias afecciones graves de salud, no genera ingresos por sí mismo y su manutención depende de lo que sus hijos pueden aportarle mensualmente, junto con las ganancias ocasionales que su esposa obtiene con su trabajo de costurera. En consecuencia, es claro que el actor se encuentra en una situación de riesgo adicional, derivada de su edad y condición económica precaria, que hace procedente la acción de tutela en lo que respecta al requisito de subsidiariedad.

26. La segunda condición del test de procedencia permite valorar la relevancia que tiene el reconocimiento de la pensión de invalidez como único medio idóneo para que el actor satisfaga sus necesidades básicas, al no poder valerse por sí mismo y encontrarse en “condiciones de acentuada indefensión”¹⁰⁸, por lo que debe garantizarse la protección a su mínimo vital.

En Sentencia T-548 de 2017¹⁰⁹ se establecieron las siguientes reglas constitucionales acerca del mínimo vital:

“(i) es un derecho que tiene un carácter móvil y multidimensional que no depende exclusivamente del análisis cuantitativo de ingresos y egresos de la persona; (ii) como herramienta de movilidad social, el mínimo vital debe ser entendido de manera dual, ya que además de ser una garantía frente a la preservación de la vida digna, se convierte en una medida de la justa aspiración que tienen todos los ciudadanos de vivir en mejores condiciones y de la manera más cómoda; y (iii) en materia pensional, el mínimo vital no sólo resulta vulnerado por la falta de pago o por el retraso injustificado en la cancelación de las mesadas pensionales, sino también por el pago incompleto de la pensión, más cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional”.

27. Sobre la situación económica particular del actor y su núcleo familiar, en primer lugar, se debe considerar que el accionante informó a esta Corporación, tanto en el escrito de tutela, como en las pruebas aportadas al proceso, que actualmente no realiza ninguna actividad laboral, pues refiere que: “a medida que me pongo más viejo y mis (sic) sordera aumenta, se me dificulta mucho salir y realizar incluso actividades cotidianas, porque el zumbido en mis oídos me molesta mucho”¹¹⁰.

De esta forma, el principal medio de subsistencia que tiene son las ayudas que mensualmente sus hijas e hijo, Lina Jazbleidy, Erika Marcela y Diego Fernando, le brindan para que pueda sobrevivir con su esposa e hijo, Carlos Gaviria. Tal como previamente se ha expuesto, dichas contribuciones económicas no sobrepasan los \$80.000 o \$100.000 por cada uno de ellos y no siempre las recibe, pues cuando sus hijos no tienen trabajo, no les es posible colaborarle económicamente, debido a que cada uno de ellos tiene sus propias obligaciones que sufragar.

28. En este punto, es importante hacer referencia a la situación económica y de salud de cada uno de los hijos que ayudan al actor: (i) Lina Jazbleidy Gaviria Acevedo, tiene 25 años de edad, fue diagnosticada desde el 2009 con la enfermedad de Von Willebrand (hemofilia)¹¹¹, actualmente se dedica a las labores del hogar, por lo que se encuentra

desempleada, vive en arriendo en la ciudad de Villavicencio con su familia y el accionante expuso que “no recib[e] ayuda de ella. Pero cuando estaba soltera y tenía trabajo nos ayuda[ba] a mi esposa, a Carlos y a mí con unos 80 o 100 mil pesos mensuales”¹¹²; (ii) Erika Marcela Gaviria Acevedo, tiene 18 años y sufre de Fibromialgia, a la fecha no tiene trabajo y el accionante manifiesta que “cuando tiene trabajo nos ayuda con 100 mil pesos mensuales”¹¹³; y (iii) Diego Fernando Gaviria Acevedo, tiene 42 años, fue diagnosticado con queratocono bilateral e hipertensión¹¹⁴, vive en arriendo con su pareja, es peluquero y se hace cargo de las cotizaciones de la señora Myriam de Jesús Acevedo Villegas, su madre, en el Sistema General de Seguridad Social, además, mensualmente les colabora “cuando puede [con] 250 a 300 mil pesos”¹¹⁵.

29. Esta situación se agrava aún más si se tiene en cuenta que la otra fuente de ingresos del núcleo familiar del actor es lo que obtiene mensualmente la esposa del actor con los distintos trabajos de costurería, cuya capacidad laboral se ha visto mermada debido a fuertes dolores lumbares que ha sufrido y a su estado de salud en general, pues fue diagnosticada adicionalmente con “trastorno tiroideo”, diabetes e hipertensión.

Sobre el trabajo de costurera de la señora Acevedo, esta Corporación en la Sentencia T-096 de 2016¹¹⁶, determinó que es un trabajo del que “se puede prever que no se trata de una labor que asegure la continuidad de los ingresos”, criterio que comparte esta Sala de Revisión, pues, en efecto, al depender del número de trabajos de costura que le sean ordenados en el mes, el monto total de este ingreso varía constantemente y si se tiene en cuenta el deterioro en el estado de salud de la esposa del actor, es claro que con el paso del tiempo disminuya considerablemente su cantidad, lo que constituye una amenaza evidente al mínimo vital del actor, quien se reitera, no genera ingresos por sí mismo, debido a su enfermedad y la dificultad de conseguir empleo.

30. Al comparar el monto al que ascienden las ayudas económicas brindadas por la red de apoyo del accionante, los ingresos de su esposa y los gastos mensuales de su núcleo

familiar, se advierte que dichos ingresos son insuficientes para sufragar adecuadamente los costos de vida que mensualmente deben afrontar, los cuales fueron discriminados por el actor de la siguiente forma: “arriendo: \$250.000; energía: \$60.000; agua: \$70.000; gas y servicio de aseo: \$52.000; alimentación: \$200.000; transporte: \$50.000 (para salir a las citas médicas y cuotas moderadoras)”¹¹⁷.

31. Al analizar todo lo expuesto, se concluye que, en efecto, la falta de reconocimiento de la pensión de invalidez afecta el mínimo vital del actor, quien no cuenta con ingresos propios que le permitan asegurarse su subsistencia de forma digna, autónoma y estable, pues vive de lo que sus hijos puedan darle mensualmente y lo que su esposa pueda obtener con su trabajo de costurera, ingresos cuya cantidad es variable y no son suficientes para sufragar los gastos de vida del actor y su núcleo familiar compuesto por la señora Acevedo y su hijo en situación de discapacidad. Lo anterior, permite a la Sala asegurar que en el presente caso, se cumple con el segundo requisito de procedencia en materia de subsidiariedad.

32. Por otro lado, la tercera condición del test hace alusión a “la importancia de la autonomía individual para satisfacer por sí mismo las exigencias normativas que se imponen para el reconocimiento de determinadas prestaciones sociales”¹¹⁸. En consecuencia, solo en aquellos casos en que se acredite una situación de razonable imposibilidad para cumplir con las exigencias normativas impuestas al momento de la estructuración de la invalidez, esto es, cotizar al Sistema General de Pensiones un determinado número de semanas, es posible que el juez constitucional se pronuncie acerca del reconocimiento pensional pretendido que, en principio, corresponde al juez ordinario.

33. En el asunto concreto, esta Corporación, a través del Auto de pruebas del 12 de febrero de 2020, preguntó al accionante las razones por las cuales no realizó cotización alguna a COLPENSIONES desde el año 1990 y, en respuesta a dicha solicitud probatoria, afirmó que, después de su último trabajo para Coca-Cola, cuya duración fue de 10 años, no le fue posible conseguir empleo, debido a que era rechazado por su sordera. En concreto, sostuvo el

accionante lo siguiente: “no pude conseguir trabajos formales, cuando me hacían los exámenes de ingreso para conductor o para obrero de fábrica, salía que tenía problemas de oídos y no me daban el trabajo, me decían que gracias por participar en el proceso de selección y que después me llamaban y nunca me llamaron”¹¹⁹.

34. Además, la Sala le solicitó al actor información sobre los trabajos o empleos que hubiera desempeñado desde 1990 (época en la cual figura la última cotización a COLPENSIONES) a la fecha. Sobre este punto, el señor Gaviria Betancourt, relató que por no tener títulos universitarios o conocimientos básicos en “un arte u oficio”, sumado a la falta de audición que padece, únicamente logró conseguir trabajos esporádicos “como conductor de taxi”, del que fue despedido “cuando se dieron cuenta de [que sus] oídos estaban en mal estado”, y aclara que no fue afiliado en dicha oportunidad al Sistema General de Seguridad Social¹²⁰.

Sumado a lo anterior, está probado que el accionante se encarga diariamente, junto con su esposa, del cuidado de su hijo Carlos Gaviria, quien actualmente tiene 36 años, no genera ingreso alguno, ya que se encuentra en situación de discapacidad por sufrir “parálisis cerebral atáxica, retardo sicomotor... gastritis crónica”¹²¹ desde muy temprana edad. Al respecto, esta Corporación pudo constatar que, de acuerdo con la historia clínica aportada por el actor, su hijo en 1992 fue diagnosticado con “retardo psicomotor, observándose déficit motor grueso y fino, de sus habilidades sensorio-integrativas, de procesamiento e interacción”¹²², por lo que fue atendido en el Instituto Colombiano de Ortopedia y rehabilitación Franklin D. Roosevelt con apoyo terapéutico¹²³ y recibió educación especial¹²⁴.

35. Acorde con las circunstancias particulares, para la Sala es razonable inferir que el accionante no pudo efectuar las cotizaciones exigidas por el Sistema General de Pensiones para acceder a la pensión de invalidez a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, el 12 de abril de 2013, acorde con el dictamen No. 8549 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, debido a la enfermedad grave de sordera que padece y a otras

patologías, tales como, “colelitiasis, esteatosis hepática, lesiones focales hepáticas focales compatibles con quistes simples, aumento de tamaño prostático G2, y Hernia Umbilical”¹²⁵. Sumado a la discriminación que tuvo que soportar al buscar empleo y ser rechazado por distintos empleadores y a la enfermedad por la cual en la actualidad no puede desempeñarse laboralmente. Situación que se agrava al tener que cuidar a su hijo en situación de discapacidad diariamente, al no contar con otra persona que pueda encargarse de él, pues se colige que, debido a que su esposa trabaja, es el accionante quien dedica el mayor tiempo diario a su cuidado, por ende, le ha sido difícil desarrollar otra labor diaria. Por lo anterior, la Sala encuentra cumplida la tercera condición del test de procedencia.

36. Por último, la Sala Plena determinó que la cuarta exigencia es “una precondition para el ejercicio de la acción de tutela”¹²⁶, pues impone al accionante acreditar que actuó con un grado mínimo de diligencia en procura de proteger sus propios derechos.

37. En el caso particular, se encuentra probado que el actor: (i) el 4 de abril de 2018 solicitó ante COLPENSIONES iniciar el proceso de calificación de invalidez, de acuerdo con lo dispuesto en el Decreto 1072 de 2015¹²⁷, para establecer su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, el origen y la fecha de estructuración de la enfermedad que padece y que lo “imposibilita para conseguir un trabajo”¹²⁸; (ii) como consecuencia de la negativa de COLPENSIONES, el actor presentó el 6 de agosto de 2019 solicitud ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta para que se diera inicio al “trámite de calificación en primera oportunidad”, en aplicación del artículo 2.2.5.1.25 del Decreto 1072 de 2015¹²⁹, y los días 14 y 20 de junio de 2018, radicó ante COLPENSIONES y MEDIMÁS EPS comunicaciones a través de las cuales informó a dichas entidades el inicio de dicho proceso; (iii) el 23 de octubre de 2018 el accionante presentó solicitud de reconocimiento y pago de pensión de invalidez ante COLPENSIONES, radicada bajo el No. 2018_13404390130; y (iv) ante dicha decisión contraria a sus pretensiones, decidió interponer acción de tutela por considerar que es el mecanismo más eficiente para obtener el reconocimiento pensional que requiere, al estar en peligro inminente su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

38. Advierte la Sala que el accionante pide el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y, en principio, cuenta con la vía judicial laboral ordinaria para ventilar su pretensión. No obstante, por la grave situación económica y de salud de su núcleo familiar, cuyos ingresos mensuales dependen de las ayudas económicas que les brindan los otros hijos del actor y las ganancias que pueda obtener su esposa como costurera, es claro que procede la acción de tutela como mecanismo definitivo para proteger los derechos fundamentales del actor, presuntamente vulnerados por COLPENSIONES.

39. Por estas razones, la Sala considera que, en caso de exigirle al actor el agotamiento de los mecanismos de defensa de la jurisdicción ordinaria, se enfrentaría a una demora para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que resultaría desproporcionada frente a la garantía y protección constitucional de sus derechos fundamentales en los términos descritos. En consecuencia, se concluye que existen razones que hacen que en el caso concreto la tutela sea el mecanismo idóneo y eficaz para ventilar sus pretensiones constitucionales, porque estas condiciones en conjunto lo identifican como un sujeto de especial protección constitucional.

40. En conclusión, a pesar de que el tutelante dispone de un mecanismo de defensa judicial en la jurisdicción ordinaria laboral para la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, al acreditarse las 4 condiciones del test de procedencia, cada una necesaria y en conjunto suficientes, del test de procedencia de la acción de tutela, este mecanismo es ineficaz en el caso en concreto, en atención a su situación de vulnerabilidad. En consecuencia, en este caso se supera el requisito de subsidiariedad.

El alcance de la indemnización sustitutiva. Reiteración de jurisprudencia¹³¹

41. Cuando un afiliado ha cumplido con la edad requerida para acceder a algún beneficio pensional, pero, por alguna circunstancia, no cuenta con las semanas de cotización establecidas por la ley para tales efectos, el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de que solicite la indemnización sustitutiva, como una de las prestaciones económicas dispuestas por el Sistema General de Seguridad Social en pensiones, siempre que aquél no pueda o no desee continuar realizando aportes para obtener la pensión¹³².

42. De otro lado, el afiliado al sistema también tiene la posibilidad de seguir efectuando los aportes necesarios para obtener la pensión respectiva. En efecto, el carácter optativo de la indemnización sustitutiva de la pensión fue destacado por la Sentencia C-375 de 2004¹³³.

Esta providencia examinó la constitucionalidad del artículo 2º de la Ley 797 de 2003 por la presunta violación de los derechos a la igualdad, a la seguridad social y al libre desarrollo de la personalidad. La norma establece que las personas que al momento de cumplir la edad exigida para acceder a la pensión de vejez no reúnan el requisito de número de semanas cotizadas o de capital necesario, tendrán derecho a reclamar, respectivamente, una indemnización sustitutiva o una devolución de saldos¹³⁴.

Al establecer el alcance de dicha norma, esta Corporación señaló que no se violaba el derecho al libre desarrollo de la personalidad porque el derecho a solicitar la indemnización sustitutiva no puede ser una imposición de las administradoras de fondos de pensiones, sino una opción que válidamente puede tomar o no el afiliado¹³⁵.

43. Ahora bien, el artículo 6º del Decreto 1730 de 2001¹³⁶ establece la incompatibilidad entre las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, y las pensiones que cubren dichos riesgos. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación¹³⁷ ha considerado que dicho precepto no constituye un impedimento para que los fondos de pensiones estudien nuevamente el derecho de un afiliado, al que le fue reconocida una indemnización

sustitutiva, de percibir una pensión que cubra de manera más amplia las mencionadas contingencias, pues hay casos en que se demuestra que desde el primer acto que resolvió la solicitud pensional la persona interesada tenía el derecho a la pensión y, sin embargo, no se le reconoció, ya sea porque le exigieron un requisito inconstitucional o porque se le aplicó equivocadamente una norma sustantiva.

44. Al respecto, la Corte Constitucional, en la Sentencia T-002A de 2017¹³⁸, determinó que el reconocimiento previo de indemnización sustitutiva no imposibilita a las administradoras de pensiones a evaluar y determinar si procede o no el reconocimiento de la pensión de invalidez, así:

“La Corte ha indicado que haber entregado a una persona ‘la indemnización sustitutiva no impide que pueda examinarse nuevamente la posibilidad de reconocerle la pensión de invalidez (...)’¹³⁹.

‘En consecuencia, la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorgó con apego a las normas legales y a la Constitución’¹⁴⁰. (...)’

Lo que no significa que, en caso de establecer que puede ser acreedor de una prestación mejor, como lo es la pensión propiamente, no pueda acceder a la misma, caso en el cual se descontará de las mesadas correspondientes el valor cancelado con anterioridad por dicho concepto”. (Negritas y subraya fuera del texto original).

“No olvida la Sala que, el 1º de enero de 2000, a través de la Resolución número 2381, COLPENSIONES reconoció al señor Ricardo César Fontalvo Mejía una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, con base en las 525 semanas de cotización, por valor de \$3.302.182. Sobre este punto, ordenará a la referida entidad, que descuente del pago de las mesadas pensionales al actor, lo pagado previamente por concepto de la indemnización sustitutiva”.

46. Previamente, en la Sentencia T-606 de 2014¹⁴¹, al concederse el amparo del derecho a la seguridad social del accionante al que le negaron el reconocimiento de la pensión de invalidez porque el dictamen de pérdida de capacidad laboral no estableció la fecha de estructuración y además le había sido reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, ordenó a COLPENSIONES que estudiara de nuevo la solicitud de pensión de invalidez, una vez se emitiera un nuevo dictamen.

En sustento de lo anterior, la Corte expuso que dicha interpretación se basa en el carácter irrenunciable e imprescriptible del derecho a la seguridad social y que, una vez el derecho pensional se causa, subsiste la facultad de reclamar el reconocimiento pensional correspondiente¹⁴². Además, la garantía de irrenunciabilidad se refuerza en aquellos casos en que se orienta a asegurar el mínimo vital de personas en situación de debilidad manifiesta, pues la prestación se convierte en el mecanismo para el goce efectivo de otros derechos fundamentales como la vida y la dignidad humana¹⁴³.

47. Por último, la Corte precisó que, el eventual otorgamiento de la pensión de invalidez o vejez al beneficiario de una indemnización sustitutiva por alguno de los riesgos mencionados, no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues pueden adoptarse mecanismos para asegurar que los aportes del asegurado financien solamente una prestación, como la deducción de las mesadas del monto ya reconocido¹⁴⁴. En diferentes oportunidades¹⁴⁵ la

Corte ha utilizado este mecanismo para armonizar los postulados descritos y autorizar a las administradoras de pensiones demandadas a que descuenten lo pagado por indemnización sustitutiva de las mesadas pensionales, sin que se afecte el derecho al mínimo vital.

48. En suma, la indemnización sustitutiva es una de las prestaciones del Sistema General de Seguridad Social en pensiones prevista para aquellas personas que, al cumplir la edad requerida para pensionarse, no cumplan con la densidad de semanas cotizadas requeridas y no puedan o no deseen continuar realizando aportes para obtener la pensión.

Por ende, aun cuando el Decreto 1730 de 2001 establece la incompatibilidad entre las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez y las pensiones que cubren dichas contingencias, dicha regla no constituye un impedimento para que los fondos de pensiones estudien nuevamente el derecho de un afiliado al que le fue reconocida una indemnización sustitutiva. Asimismo, el eventual otorgamiento de la pensión de invalidez o vejez al beneficiario de una indemnización sustitutiva por alguno de los riesgos mencionados no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues pueden adoptarse mecanismos para asegurar que los aportes del asegurado financien solamente una prestación, como la deducción de las mesadas del monto ya reconocido.

El principio de la condición más beneficiosa. Reiteración de jurisprudencia¹⁴⁶

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

50. En materia de pensión de invalidez, en la Sentencia SU-442 de 2016¹⁴⁷, esta Corporación definió la condición más beneficiosa como la posibilidad de reconocer dicha prestación, con fundamento en una norma anterior a la que se encontraba vigente al momento de la estructuración de la invalidez. Lo anterior, condicionado a que: (i) se hubiera dado un cambio de legislación sin contemplar un régimen de transición; (ii) este cambio hubiera hecho más gravosa la situación del solicitante; y (iii) el beneficiario se hubiera forjado una expectativa legítima en vigencia de la normativa anterior¹⁴⁸.

51. La Corte Constitucional en la estudiada Sentencia SU-556 de 2019¹⁴⁹ precisó las circunstancias en que al aplicarse el principio de la condición más beneficiosa “se sigue la aplicación ultractiva de las disposiciones del Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el Decreto 758 del mismo año) o de un régimen anterior, respecto de la exigencia de densidad de semanas de cotización, necesarias para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, de un afiliado cuya invalidez se estructura en vigencia de la Ley 860 de 2003”.

52. Los criterios a tener en cuenta para que se aplique en un caso concreto lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, son:

Exigencias

Circunstancias fácticas del accionante

El tutelante-afiliado al sistema general en pensiones es dictaminado con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% con fecha de estructuración en vigencia de la Ley 860 de 2003.

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

El tutelante-afiliado no acredita haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, según se certifique

en el dictamen emitido por la autoridad competente, en los términos del artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

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

El tutelante-afiliado acredita el número mínimo de semanas cotizadas antes de la fecha de estructuración de la invalidez exigidas por el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990: 150 semanas en los 6 años anteriores a la fecha de estructuración o 300 semanas en cualquier tiempo¹⁵⁰.

Para la Sala Plena, solo las personas en situación de vulnerabilidad que satisfagan las condiciones que componen el “test de procedencia” descrito y aplicado al analizar la subsidiariedad de la presente acción, “resulta razonable y proporcionado interpretar el 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, a pesar de que su condición de invalidez se hubiere estructurado en vigencia de la Ley 860 de 2003”.

53. Finalmente, la Sentencia SU-556 de 2019, determinó que la condición relevante para que proceda el reconocimiento de la pensión de invalidez por parte del juez constitucional es la situación actual de vulnerabilidad, por lo que la sentencia de tutela solo puede tener un efecto declarativo del derecho y en consecuencia, solo será posible ordenar el pago de mesadas pensionales a partir de la presentación de la respectiva acción de tutela; de esta forma, “las demás reclamaciones derivadas de la prestación –tales como retroactivos, intereses e indexaciones– deben ser tramitadas ante el juez ordinario laboral”.

54. En conclusión, la aplicación de la condición más beneficiosa demanda un ejercicio analítico sobre la legitimidad de una expectativa creada con fundamento en una norma ya derogada, pues al no existir régimen de transición específicamente determinado por el legislador en lo que respecta al reconocimiento de la pensión de invalidez, aplicar lo

dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 sin determinar las posibles vulneraciones a derechos fundamentales de las personas, desconoce lo previsto en el artículo 53 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional en la materia.

Solución al caso concreto: COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del actor al no reconocer a su favor la pensión de invalidez que reclama, por inaplicar el Acuerdo 049 de 1990 y considerar que la indemnización sustitutiva impide el estudio de su pretensión.

55. El señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt interpuso acción de tutela para exigir la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social en pensiones, al mínimo vital, a la salud y a la “estabilidad económica”¹⁵¹, debido a la negativa de COLPENSIONES de reconocer y pagar la pensión de invalidez a la que en su criterio tiene derecho, por haber cumplido con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990. En consecuencia, solicitó ordenar a esta entidad el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, “por haberse estructurado una expectativa legítima”¹⁵².

56. El juez de tutela de primera instancia, amparó los derechos fundamentales del accionante y ordenó a COLPENSIONES reconocer y pagar la prestación social solicitada, en atención a las circunstancias particulares del actor. Además, aplicó el principio de condición más beneficiosa en el caso concreto, debido a lo cual determinó que el actor cumplió con los requisitos establecidos en el referido Acuerdo 049 de 1990, por lo que, al tener una expectativa legítima bajo el régimen anterior, está debía ser protegida.

57. Inconforme con la decisión, COLPENSIONES presentó escrito de impugnación. No obstante, informó al juez de segunda instancia que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, dio cumplimiento a la sentencia del a quo, mediante Acto Administrativo SUB 229408 del 23 de agosto de 2019.

58. El juez de segunda instancia revocó el fallo impugnado y en su lugar, negó el amparo deprecado por el accionante, al considerar que el actor no agotó los mecanismos administrativos y judiciales con que cuenta en el ordenamiento jurídico nacional para obtener el reconocimiento de sus pretensiones, sumado a que, al haber recibido indemnización sustitutiva y posteriormente, ser beneficiario de la pensión de invalidez, sin cotizaciones que soporten la mesada pensional, se genera una situación que puede ocasionar un detrimento en los recursos con que cuenta la administradora de pensiones para responder debidamente con las prestaciones sociales ya reconocidas a otras personas. Como consecuencia de ello, COLPENSIONES expidió acto administrativo que revocó la pensión reconocida.

59. La Sala Sexta de Revisión debe determinar en el caso concreto si COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por haberle otorgado previamente una indemnización sustitutiva, no acreditar 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de invalidez, tal como lo dispuso el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y no inaplicar el principio de la condición más beneficiosa en el caso concreto.

60. De acuerdo con los fundamentos jurisprudenciales anteriormente señalados y con las pruebas que obran en el expediente, la Sala encuentra que en el presente caso la acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante.

En efecto, al aplicar el test de procedencia, la Sala concluyó que en el presente caso se cumplieron las 4 condiciones adicionales para acreditar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad, debido a que, en atención a las limitaciones económicas del accionante y su estado de salud actual, es claro que exigirle acudir a la jurisdicción ordinaria para solicitar la protección de sus derechos fundamentales sería desproporcionado en la medida en que,

como se ha visto, su mínimo vital se encuentra en riesgo, al no tener una fuente de ingresos estable, propia y suficiente, sumado a que los trámites propios de iniciar un nuevo proceso empeorarían aún más su calidad de vida por la falta de eficacia de dicho mecanismo.

Indemnización sustitutiva

61. De acuerdo a la jurisprudencia de esta Corporación, la indemnización sustitutiva no puede ser una imposición de las administradoras de fondos de pensiones, sino una opción que válidamente puede tomar o no el afiliado. En consecuencia, la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como la imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorga con apego a las normas legales y a la Constitución. El eventual reconocimiento de la pensión de invalidez a un afiliado que ha recibido una indemnización sustitutiva por alguna de las dos contingencias no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues existen mecanismos para que pueda deducirse de las mesadas lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva y así asegurar que los aportes del asegurado financien solamente una prestación¹⁵³.

62. Al analizar el caso concreto, la Sala concluye que COLPENSIONES desconoció los derechos fundamentales del accionante al oponer como argumento para no acceder a calificar la pérdida de capacidad laboral del actor y, posteriormente, para no conceder su solicitud de reconocimiento y pago de pensión de invalidez, el reconocimiento previo de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez¹⁵⁴. Esto en razón a que la jurisprudencia constitucional ha indicado que el reconocimiento de la indemnización sustitutiva no es óbice para estudiar nuevamente el reconocimiento de una pensión y, en caso de concederse, hacer los descuentos correspondientes de las sumas de dinero ya pagadas a título de indemnización sustitutiva.

Principio de la condición más beneficiosa y aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990.

63. Establecida la procedencia de la tutela en el caso concreto y, la Sala pasará a determinar si COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Gaviria Betancourt, al no aplicar ultractivamente las disposiciones previstas por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa.

64. Para resolver el problema jurídico sustancial, la Sala analizará si el caso del tutelante se adecua a los supuestos fácticos establecidos en la Sentencia SU-556 de 2019155 para dar aplicación ultractiva al referido Acuerdo 049 de 1990, a saber:

Exigencias

Caso concreto: se cumple o no el requisito

Fecha de estructuración de la invalidez en vigencia de la Ley 860 de 2003.

Sí cumple la exigencia, pues acorde con el dictamen No. 8549 proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, se determinó que el actor tiene pérdida de capacidad laboral del 58.1%, de origen común y fecha de estructuración del 12 de abril de 2013.

No se acredita la densidad de semanas que exige la Ley 860 de 2003, esto es, 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, en los términos del artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

El accionante no reunió el número mínimo de semanas cotizadas antes de la fecha de estructuración de la invalidez exigida por la Ley 860 de 2003.

En consecuencia, la Sala concluye que también cumple con este requisito, pues, la fecha de estructuración de invalidez del actor fue el 12 de abril de 2013 y en los tres años inmediatamente anteriores, no efectuó cotización alguna. Al respecto, está probado que el actor solo efectuó cotizaciones hasta 1991¹⁵⁶.

Sí se acredita la densidad de semanas que exigía el Acuerdo 049 de 1990: 150 semanas en los 6 años anteriores a la fecha de estructuración o 300 semanas en cualquier tiempo¹⁵⁷.

Tal como se dijo en el punto anterior, el actor acreditó haber cotizado 442 semanas entre el 24 de marzo de 1982 al 21 de enero de 1991, esto es, antes de que entrara a regir la Ley 100 de 1993¹⁵⁸.

65. Dado que el caso del señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt se enmarca en el supuesto fáctico objeto de unificación en la Sentencia SU-556 de 2019, la Sala concluye que la acción de tutela es procedente para amparar sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital y, en consecuencia, declarar a su favor el reconocimiento de la pensión de invalidez que solicita conforme a los requisitos dispuestos por el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

66. Sumado a lo anterior, dado que la condición relevante para efectos del reconocimiento de la prestación es la situación actual de vulnerabilidad del accionante, la presente sentencia tiene un efecto declarativo del derecho, por lo que solo será posible ordenar el pago de mesadas pensionales a partir de la presentación de la acción de tutela y, en consecuencia, las demás reclamaciones derivadas de la prestación (retroactivos, intereses e indexaciones) deberán ser de conocimiento del juez ordinario laboral.

Afiliación del accionante a MEDIMÁS EPS y acceso a servicios de salud

67. En los hechos que sustentan la presente acción de tutela, el señor Gaviria Betancourt refirió que tanto él como su hijo Carlos Gaviria eran beneficiarios de su esposa en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, afiliados a MEDIMÁS EPS. No obstante, en respuesta al auto de pruebas del 12 de febrero de 2020, el accionante manifestó que, debido al reconocimiento pensional hecho por COLPENSIONES por orden del juez de primera instancia, tuvo que afiliarse como cotizante en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, pero al haberse revocado dicho acto administrativo y no ser reportada la novedad por parte de la administradora de pensiones a MEDIMÁS EPS, no pudo acceder a distintos servicios de salud que fueron ordenados por su médico tratante, a saber: colescistectomía, entrega de medicamentos para la presión arterial y control con otorrinolaringología para suministro y adecuación de audífonos¹⁵⁹.

68. Por su parte, MEDIMÁS EPS, en respuesta allegada a esta Corporación el 19 de febrero de 2020, aportó certificado de afiliación del accionante, en el que consta que desde el 4 de febrero de 2020 figura como beneficiario de la señora Myriam de Jesús Acevedo Villegas¹⁶⁰.

69. Con base en estos nuevos hechos, la Sala profirió nuevo auto de pruebas el 24 de febrero de 2020, en virtud del cual el señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt informó que: (i) el 20 de febrero de 2020 tuvo cita con medicina general, en la cual le fueron ordenados y suministrados los medicamentos que requiere para sus problemas de tensión y, adicionalmente, le fueron ordenados varios exámenes de sangre que no ha podido realizarse por no tener cita con el laboratorio¹⁶¹; (ii) SERVIMEDICOS, prestador de servicios de salud donde se iba a realizar la colescistectomía, devolvió la documentación radicada previamente para dicho procedimiento y le indicó a la esposa del actor que el trámite debía iniciarse nuevamente¹⁶²; y (iii) aún le falta asignación de cita con otorrinolaringología para suministro y cambio de audífonos¹⁶³.

70. En este punto, la Sala considera que no encuentra vulneración alguna por parte de

MEDIMÁS EPS al derecho fundamental a la salud del accionante, dado que desde el 4 de febrero de 2020 volvió a afiliar al señor Gaviria Betancourt como beneficiario de su esposa, tal como consta en certificado de afiliación allegado por la entidad y la respuesta al auto de pruebas del 24 de febrero de 2020. Además, se encuentra probado que el actor ha sido atendido debidamente por la red de prestadores de servicios de salud con que cuenta la EPS.

71. Por las razones expuestas, la Sala revocará la decisión de segunda instancia proferida el 23 de septiembre de 2019 por el Tribunal Administrativo del Meta, Sala Cuarta Oral, que a su vez, revocó el fallo emitido el 14 de agosto de 2019 por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Villavicencio, y que negó la acción de tutela interpuesta por Fernando de Jesús Gaviria Betancourt en contra de COLPENSIONES.

72. Como consecuencia de lo anterior, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt y ordenará a la administradora de pensiones demandada que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, emita un nuevo acto administrativo en el que reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt y lo incluya efectivamente en la nómina de pensionados. Lo anterior, sin perjuicio de que de la mesada pensional del señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt descuenta, mes a mes, durante el tiempo que sea necesario y sin que se afecte su mínimo vital, el valor actualizado del monto cancelado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Conclusiones y órdenes a proferir

73. La acción de tutela es procedente como mecanismo definitivo para proteger los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del actor, debido a que se encuentra en condición de vulnerabilidad y es un sujeto de especial protección constitucional, al superar el

test de procedencia analizado en la Sentencia SU-556 de 2019.

74. La Sala Sexta de Revisión de Tutelas concluyó que COLPENSIONES vulneró los derechos del accionante a la seguridad social y al mínimo vital por negar el reconocimiento de la pensión de invalidez pretendida, por sin tomar en consideración que, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, en el caso concreto debió aplicarse de forma ultractiva lo dispuesto en el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, pues el actor tenía una expectativa legítima de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, al tener 442 semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

75. Igualmente, esta Corporación determinó que COLPENSIONES no debió negar el reconocimiento pensional pretendido por el actor, por haber concedido previamente indemnización sustitutiva de pensión de vejez, pues ambos beneficios son independientes y tienen causas distintas, lo que no hace que su análisis sea incompatible, sumado a que, para evitar una posible afectación al presupuesto de la entidad, esta podrá descontar, mes a mes, durante el tiempo que sea necesario y sin que se afecte su mínimo vital, el valor actualizado del monto cancelado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la mesada del actor.

76. En último lugar, se encontró probado que desde el 4 de febrero de 2020 el actor se encuentra nuevamente afiliado como beneficiario de su esposa al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de MEDIMÁS EPS, por lo que la posible afectación al derecho fundamental a la salud del actor ya fue superada y, a la fecha, goza de todos los servicios de salud que requiere.

78. En consecuencia, concederá el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad

social y al mínimo vital del señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt y ordenará a COLPENSIONES que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, emita un nuevo acto administrativo que reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt y que lo incluya efectivamente en la nómina de pensionados. Lo anterior, sin perjuicio de que de la mesada pensional del señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt descuente, mes a mes, durante el tiempo que sea necesario y sin que se afecte su mínimo vital, el valor actualizado del monto cancelado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

79. En cumplimiento de las medidas tomadas por el Gobierno Nacional y por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549 y PCSJA20-11556, PCSJA20-11567 adoptados como consecuencia de la emergencia sanitaria ocasionada por la pandemia del COVID-19 que afecta a Colombia, los términos fueron suspendidos, desde el 16 de marzo hasta el 30 de junio de 2020, con algunas excepciones. De igual manera, por tratarse de vacancia judicial en semana santa, durante los días 4 a 12 de abril de 2020, los términos judiciales tampoco corrieron.

En todo caso, por medio del Auto 121 de 2020¹⁶⁴, la Sala Plena de la Corte Constitucional autorizó a las Salas de Revisión para levantar dicha suspensión en asuntos concretos sometidos a su revisión, siempre y cuando se cumpla con alguno de los siguientes criterios: “(i) la urgencia en adoptar una decisión de fondo o una medida provisional dirigida a la protección de los derechos fundamentales; (ii) la importancia nacional que revista el caso; y (iii) la posibilidad material de que el asunto pueda ser tramitado y decidido de forma compatible con las condiciones actuales de aislamiento preventivo obligatorio, sin que ello implique la imposición de cargas desproporcionadas a las partes o a las autoridades concernidas”.

Con base en las consideraciones expuestas en la presente sentencia, esta Sala de Revisión

considera que, en el asunto sub judice, es procedente levantar la suspensión de términos al existir urgencia en la protección del derecho a la pensión de invalidez del demandante. En efecto, en sede de revisión se constató que es un adulto mayor que padece de sordera bilateral, y se encuentran en una situación de indefensión y vulnerabilidad económica, por lo que la ausencia de reconocimiento de la pensión de invalidez podría afectar su mínimo vital y su derecho a la vida en condiciones de dignidad.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos dentro de los expedientes de la referencia.

SEGUNDO.- REVOCAR la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2019 por el Tribunal Administrativo del Meta, Sala Cuarta Oral, que revocó la sentencia el 14 de agosto de 2019 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito de Villavicencio y, en consecuencia negó la acción de tutela interpuesta por Fernando de Jesús Gaviria Betancourt en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES).

TERCERO.- CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al

mínimo vital del señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt.

CUARTO.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones (COLPENSIONES) que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, emita un nuevo acto administrativo en el que reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt y que efectivamente lo incluya en la nómina de pensionados. Lo anterior, sin perjuicio de que de la mesada pensional del señor Fernando de Jesús Gaviria Betancourt descuenta, mes a mes, durante el tiempo que sea necesario y sin que se afecte su mínimo vital, el valor actualizado del monto cancelado por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

QUINTO.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

Con salvamento de voto

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-225/20

PENSION DE INVALIDEZ Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Aumentar el número de requisitos contenidos y el rigor de los mismos, afecta el acceso a la justicia constitucional y la protección de los derechos fundamentales (Salvamento de voto)

Referencia: Expediente T-7.662.765

Acción de tutela interpuesta por Fernando de Jesús Gaviria en contra de Colpensiones y Medimás EPS.

Asunto: La indemnización sustitutiva no puede constituir una barrera para estudiar nuevamente solicitud de pensión de invalidez; principio de favorabilidad y aplicación ultractiva del Acuerdo 049 de 1990.

Magistrado Ponente:

Gloria Stella Ortiz Delgado.

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte me permito expresar las razones que me llevan a aclarar el voto en la sentencia T-225 de 2020.

1. En la referida sentencia se estudió el caso de una persona que padece “hipoacusia mixta, conductiva y neurosensorial, bilateral severa”, “otoesclerosis bilateral” y que en el 2017 accedió a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Más adelante, el accionante buscó iniciar el proceso de reconocimiento de pensión de invalidez, misma que fue negada por Colpensiones aduciendo que, al haber recibido la indemnización sustitutiva no era posible otorgar esta pensión, a pesar de las reiteradas calificaciones de su pérdida de capacidad laboral.

En la decisión se estudiaron los requisitos de procedibilidad de la acción, el alcance de la indemnización sustitutiva, el principio de la condición más beneficiosa y se realizó el análisis del caso concreto. Para esto, se aplicó el test de procedencia establecido en la sentencia SU-556 de 2019 y se concluyó que i) la acción cumplía con los requisitos formales para proceder a su estudio y ii) que efectivamente se vulneraron los derechos del accionante por parte de Colpensiones, por lo que se ordena el reconocimiento y pago de la pensión.

2. Si bien estoy de acuerdo con la decisión adoptada en la sentencia de la referencia, pues se ajusta a la jurisprudencia de la Corte en la materia, por razones de coherencia debo reiterar la inconformidad que expresé en el salvamento de voto de la sentencia SU-556 de 2019, la cual estableció el test de procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales.

Con el test de procedencia contenido en la providencia de la referencia y que se aplicó en esta sentencia, estimo que se estableció un incremento de la carga argumentativa que se torna excesivamente riguroso y, por lo tanto, desproporcionada. En tal sentido, la Corte debió mantener el precedente constitucional establecido en la sentencia SU-442 de 2016, que establecía:

(i) El juez constitucional debe ser más flexible al estudiar la procedibilidad cuando el actor es un sujeto de especial protección o cuando se encuentra en una situación de debilidad manifiesta.

(ii) En desarrollo del derecho fundamental a la igualdad le debe ofrecer un tratamiento diferencial positivo y analizar los requisitos de subsidiariedad e inmediatez desde una óptica menos estricta, pues en estos casos el actor no puede soportar las cargas y los tiempos procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial de la misma manera que el resto de la sociedad.

(iii) La pensión de invalidez puede pasar de ser una prestación social de orden legal a convertirse en un derecho fundamental inalienable, en especial cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional.

Como lo manifesté en ese entonces la Corte ha debido sentar unos lineamientos generales en orden a sintetizar los presupuestos que permitieran a los jueces de tutela determinar la procedencia del amparo, de acuerdo con estos criterios y establecer las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales comprometidos. De modo contrario, en la sentencia SU-556 de 2019 la Sala Plena optó por aumentar el número de requisitos contenidos y el rigor de los mismos, haciendo de esta una decisión regresiva que afecta el acceso a la justicia constitucional y la protección de los derechos fundamentales.

Bajo ese entendido reitero los motivos que me llevaron a apartarme de las reglas de procedencia definidas en la sentencia SU-556 de 2019.

En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

1 El expediente fue seleccionado y repartido a la Magistrada Sustanciadora por la Sala de Selección Once de la Corte Constitucional en sesión del 19 de noviembre de 2019, de acuerdo con el criterio subjetivo de selección denominado “urgencia de proteger un derecho fundamental”.

2 Cuaderno No. 1, folio 1.

4 Cuaderno de Revisión, folio 67.

5 Cuaderno No. 1, folio 34.

6 Cuaderno de Revisión, folio 69

7 Cuaderno No. 1, folio 50.

8 Cuaderno No. 1, folios 9 y 10.

9 Ibídem.

10 Cuaderno No. 1, folio 11.

11 Cuaderno No. 1, folios 7 y 8.

12 Cuaderno No. 1, folio 1.

13 El dictamen de pérdida de capacidad laboral del actor quedó en firme el 26 de septiembre de 2018. Cuaderno No. 1, folio 56.

14 Cuaderno No. 1, folio 79.

15 Cuaderno No. 1, folio 80.

16 Cuaderno No. 1, folio 51.

17 Ibídem.

18 Cuaderno No. 1, folio 2.

19 Cuaderno No. 1, folio 1.

20 Ibídem.

21 Cuaderno No. 1, folio 4.

22 Cuaderno No. 1, folio 84.

23 Sentencia T-528 de 1998 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

24 Sentencia T-660 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

25 Sentencia T-344 de 2011 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

26 Sentencia T-043 de 2014 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

27 Cuaderno No. 1, folio 94.

28 Sentencia T-399 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

29 Cuaderno No. 1, folio 92.

30 Cuadro elaborado con la información de semanas cotizadas emitida por Colpensiones en respuesta a la acción de tutela impetrada por el tutelante. Cuaderno No. 1, folio 91.

31 Cuaderno No. 1, folios 101 a 106.

32 Cuaderno No. 1, folio 106.

33 Cuaderno No. 1, folio 105.

34 Cuaderno No. 1, folio 106.

35 Cuaderno No. 1, folio 106.

36 Cuaderno No. 1, folio 118.

37 Cuaderno No. 1, folio 121.

38 Cuaderno No. 2, folio 7.

39 Cuaderno No. 2, folio 23.

40 Cuaderno de Revisión, folios 24 a 27.

41 Cuaderno de Revisión, folio 40.

42 Cuaderno de Revisión, folio 42.

43 Ibíd.

44 Cuaderno de Revisión, folios 44 y 45.

45 Cuaderno de Revisión, folio 42.

46 Cuaderno de Revisión, folio 57.

47 Cuaderno de Revisión, folio 42

48 Cuaderno de Revisión, folio 44, 52 y 53.

50 Cuaderno de Revisión, folio 42.

51 Cuaderno de Revisión, folio 41.

52 Ibíd.

53 Ibíd.

54 Ibíd.

55 Ibíd.

56 Cuaderno de Revisión, folio 51.

57 Cuaderno de Revisión, folio 52.

58 Cuaderno de Revisión, folio 43.

59 Ibíd.

60 Ibíd.

61 Cuaderno de Revisión, folio 214.

62 Cuaderno de Revisión, folio 217.

63 Cuaderno de Revisión, folios 219 y 224.

64 Ibíd.

65 Ibíd.

66 Cuaderno de Revisión, folio 219.

67 Cuaderno de Revisión, folios 61 a 63.

68 Cuaderno de Revisión, folio 63.

69 Cuaderno de Revisión, folios 120 a 124.

70 Cuaderno de Revisión, folio 133.

71 Cuaderno de Revisión, folio 134.

72 Ibíd.

73 Cuaderno de Revisión, folio 147.

74 Cuaderno de Revisión, folio 135.

75 Cuaderno de Revisión, folio 282.

76 Cuaderno de Revisión, folio 230.

77 Ibíd.

79 Cuaderno de Revisión, folio 301.

80 Cuaderno de Revisión, folio 302.

81 Cuaderno de Revisión, folio 303.

82 Cuaderno de Revisión, folio 304.

83 Cuaderno de Revisión, folios 313 a 316.

84 Consideraciones tomadas de la Sentencia T-350 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

85 Sentencias T-401 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-373 de 2015 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

86 Artículo 42 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991.

87 Consideraciones tomadas de las Sentencias T-009 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, SU-108 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-087 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz.

88 Constitución Política. Artículo 86.

89 Sentencia SU-108 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

90 Cuaderno No. 1, folio 116. Archivo denominado: GRF-CLD-NA-2019_205577-20190221043327.

91 Cuaderno No. 1, folio 1.

92 Consideraciones tomadas de la Sentencia T-015 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

93 Sentencia T-480 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

94 Sentencia SU-424 de 2012. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

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

96 Ibíd.

97 Ibíd.

98 Sentencia SU-556 de 2019 M.P. Carlos Bernal Pulido.

99 Esta se acredita con una calificación de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%.

101 Cuaderno No. 1, folio 15.

102 Cuaderno de Revisión, folio 81.

103 “Por la cual se dictan normas tendientes a procurar la protección, promoción y defensa de los derechos de los adultos mayores”

104 Cuaderno de Revisión, folio 42

105 Ibíd.

106 Cuaderno de Revisión, folio 54.

107 Cuaderno de Revisión, folio 74.

108 Sentencia T-043 de 2019 M.P. Alberto Rojas Ríos.

109 Sentencia T-548 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz.

110 Cuaderno de Revisión, folio 42.

111 Cuaderno de Revisión, folio 44.

112 Cuaderno de Revisión, folio 42.

113 Ibíd.

114 Cuaderno de Revisión, folios 42, 44, 52 y 53.

115 Cuaderno de Revisión, folio 42.

116 Sentencia T-096 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

117 Ibíd.

118 Sentencia T-556 de 2019 M.P. Carlos Bernal Pulido.

119 Cuaderno de Revisión, folios 42 y 43.

120 Ibíd.

121 Cuaderno de Revisión, folio 74.

122 Cuaderno No. 1, folio 72.

123 Ibid.

124 Cuaderno No. 1, folios 69 a 74.

125 Cuaderno de Revisión, folio 81.

126 Sentencia SU-005 de 2018 M.P. Carlos Bernal Pulido.

127 Cuaderno No. 1, folios 9 y 10.

128 Ibídem.

129 Cuaderno No. 1, folio 1.

130 Cuaderno No. 1, folio 79.

131 Consideraciones tomadas de las Sentencias T-280 de 2019 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y T-596 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

132 Artículo 37 de la Ley 100 de 1993: “Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.

134 Sentencia C-375 de 2004 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. La providencia expuso que “la norma demandada, [...], no impone la obligación de recibir la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva, sino que, por el contrario, ofrece una alternativa, permaneciendo siempre en cabeza del afiliado la decisión de optar o no por dicha prerrogativa”.

135 En particular, la Sentencia expuso lo siguiente: “Considera la Corte que la norma acusada no implica vulneración alguna del derecho al libre desarrollo de la personalidad. Cuando el legislador estableció que los afiliados que al cumplir la edad de pensión no reúnan los demás requisitos para tal efecto, tendrán derecho a una devolución de saldos o indemnización sustitutiva no instituyó mandato alguno que vincular a tales aportantes. Por el contrario, incorporó una permisión libre en cabeza de los mencionados cotizantes, en el sentido de autorizarlos a optar por recibir la señalada restitución dineraria, o no hacerlo, y

continuar cotizando al sistema hasta tanto alcancen el monto requerido de cotizaciones para acceder al beneficio pensional. En ese sentido, la norma incorpora una posibilidad no obligatoria para los afiliados (recibir la indemnización o devolución de aportes) y así mismo, la no prohibición de continuar cotizando al sistema hasta acreditar el requisito pensional faltante. // [...] En conclusión, el cargo de vulneración del derecho al libre desarrollo de la personalidad no prospera, por cuanto la norma demandada, tal como fue señalado por la vista fiscal y por todos los intervinientes, no impone la obligación de recibir la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva, sino que, por el contrario, ofrece una alternativa, permaneciendo siempre en cabeza del afiliado la decisión de optar o no por dicha prerrogativa. En ese sentido, pueden las personas que se encuentran cubiertas por el supuesto de hecho de la norma demandada continuar cotizando al sistema para cumplir con el tiempo de servicios necesario para tener acceso a la pensión de vejez.” (énfasis originales).

136 Artículo 6º del Decreto 1730 de 2001: “Salvo lo previsto en el artículo 53 del Decreto 1295 de 1994, las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez. // Las cotizaciones consideradas en el cálculo de la indemnización sustitutiva no podrán volver a ser tenidas en cuenta para ningún otro efecto”.

137 Sentencias T-606 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa y T-596 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

138 Sentencia T-002A de 2017 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

139 Sentencia T-606 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa citada en la Sentencia T-002A de 2017 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

140 Ibídem.

141 Sentencia T-606 de 2014 M.P. María Victoria Calle Correa.

142 Sentencia T-606 de 2014 fundamento jurídico 4.3.2.1: “El accionante puede abstenerse de reclamar el pago efectivo de las mesadas, e inclusive puede aceptar otra prestación sustituta, pero no despojarse de la titularidad del derecho, ni de la facultad de reclamar en el

futuro el pago periódico de su prestación. En su caso, de encontrarse que tiene derecho a la pensión de invalidez, tendría que decirse que el mismo se perfeccionó desde el momento en que se estructuró su invalidez”.

143 Sentencia T-606 de 2014 fundamento jurídico 4.3.2.1: “La irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social se refuerza en la dimensión de derecho fundamental que adopta cuando, por ejemplo, está orientada a garantizar el mínimo vital de personas en situación de debilidad manifiesta, que dependen, en gran medida, de un ingreso regular para satisfacer las necesidades más básicas de vida, como la alimentación, el vestido y la vivienda. En estos casos, el carácter fundamental del derecho a la seguridad social y su garantía de irrenunciabilidad se hacen más importantes, precisamente porque se constituye en un presupuesto para el goce efectivo de otros bienes superiores, como la vida y la dignidad humana”.

144 Sentencia T-606 de 2014 fundamento jurídico 4.3.2.2: “De otra parte, cabe precisar que un eventual reconocimiento de la pensión de invalidez al accionante no afectaría la sostenibilidad financiera del sistema, pues existen mecanismos para que pueda deducirse de las mesadas lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva, y así asegurar que los aportes del actor financien solamente una prestación...la Corte ha utilizado este mecanismo para armonizar los postulados descritos, autorizando a la demandada, por ejemplo, para que descuente lo pagado por indemnización sustitutiva de las mesadas pensionales, sin que se afecte el derecho al mínimo vital”.

145 Sentencias T-003 de 2014 M.P. Mauricio González Cuervo y T-599 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa.

146 Consideraciones tomadas de la Sentencia T-086 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

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

148 Sentencia C-177 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda.

149 Sentencia SU-556 de 2019 M.P. Carlos Bernal Pulido.

150 En todo caso, esta densidad de semanas debe acreditarse antes de la entrada en

vigencia de la Ley 100 de 1993.

151 Cuaderno No. 1, folio 1.

152 Cuaderno No. 1, folio 4.

153 Ver Sentencia SU-556 de 2019 M.P. Carlos Bernal Pulido. Al respecto, la Sala Plena determinó que: “De una parte, la indemnización sustitutiva es consecuencia de no haber acreditado el número de semanas mínimas de cotización para ser acreedor de la pensión de vejez, a pesar de que el afiliado cuente con la edad legalmente requerida. De otra parte, la pensión de invalidez se causa con la declaratoria de invalidez del afiliado y la acreditación de densidad de semanas de cotización exigida por la norma vigente para adquirir el derecho. Con todo, es preciso aclarar que, como el beneficiario de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, así como de la pensión de invalidez, es el mismo afiliado, en caso de que se determine que este tiene el derecho que reclama, es procedente ordenar que se efectúe el descuento correspondiente”.

154 Cuaderno No. 1, folio 11.

155 Sentencia SU-556 de 2019 M.P. Carlos Bernal Pulido.

156 Cuaderno de Revisión, folio 228.

157 En todo caso, esta densidad de semanas debe acreditarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

158 La fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 fue el 1 de abril de 1994.

159 Cuaderno No. 1, folio 41.

160 Cuaderno de Revisión, folio 63.

161 Cuaderno de Revisión, folio 130.

162 Ibíd.

163 Ibíd.

164 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.