

T-468-19

Sentencia T-468/19

PENSION DE INVALIDEZ-Caso en que se niega reconocimiento de la pensión de invalidez, por incumplir el requisito de cotización de 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Es un derecho irrenunciable e imprescriptible

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional por afectación al mínimo vital y vida digna de sujetos de especial protección

PENSION DE INVALIDEZ-Régimen legal aplicable

PENSION DE INVALIDEZ DE PERSONA CON ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGENITA-Fecha de estructuración de la invalidez desde el momento de la pérdida permanente y definitiva de la capacidad laboral

CAPACIDAD LABORAL RESIDUAL-Concepto

PENSION DE INVALIDEZ DE PERSONA CON ENFERMEDAD CRONICA, DEGENERATIVA O CONGENITA-Se deberán tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Orden a Colpensiones reconocer pensión de invalidez de manera transitoria hasta que justicia ordinaria resuelva de manera definitiva

Referencia: Expediente T-7.211.119

Demandantes: Julio Rómulo Vargas Posada

Demandada: Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones

Magistrado Ponente:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D. C., ocho (8) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, y las Magistradas Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la providencia del 19 de noviembre de 2018, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga (Valle del Cauca), Sala de Decisión Constitucional, que confirmó la sentencia del 9 de octubre de 2018, emitida por el Juzgado

Segundo Promiscuo de Familia de Tuluá (Valle del Cauca), que declaró la improcedencia del amparo invocado por el actor.

El expediente T-7.211.119 llegó a la Corte Constitucional en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución y 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991. Mediante auto del 15 de marzo de 2019, la Sala Número Tres de Selección de Tutelas de esta Corporación lo escogió para su revisión y éste fue repartido a la Sala Quinta de Revisión.

## I. ANTECEDENTES

### 1.1 Hechos y pretensiones

1.1.1 El señor Julio Rómulo Vargas Posada, a través de apoderada judicial, interpuso acción de tutela el 25 de septiembre de 2018, con el fin de que se le protejan sus derechos fundamentales a la igualdad, debido proceso, salud, seguridad social, mínimo vital y vida digna, entre otros, que considera vulnerados por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones.

1.1.2 El accionante nació el 19 de febrero de 1946, a la fecha tiene 73 años.

1.1.3 La vida laboral del señor Vargas Posada transcurrió como se explica en el siguiente cuadro:

Periodo de cotización

Semanas cotizadas

Desde

Hasta

30/01/1967

12/05/1972

275,71

15/05/1972

23/11/1972

27,57

20/03/1977

225,00

01/09/2001

30/09/2001

0,43

01/09/2002

30/09/2002

4,29

01/11/2002

31/12/2002

8,57

01/01/2003

31/01/2003

4,00

01/03/2003

31/08/2003

25,71

01/02/2011

31/12/2011

47,14

01/01/12

31/01/12

4,00

01/02/12

31/12/12

47,14

01/01/13

31/03/13

12,71

01/04/13

30/04/13

4,29

01/05/13

31/12/13

34,29

01/01/14

51,29

01/01/15

31/08/15

34,14

Total semanas cotizadas

806,29

Manifestó al efecto el accionante que en 2015 cesó su actividad laboral, en razón de su estado de salud y avanzada edad, por lo cual dejó de cotizar.

1.1.4 Además, en la demanda de tutela se expuso que en 2010, solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión de vejez. Sin embargo, su solicitud fue negada, a través de la Resolución No. 106678, del 23 de agosto de 2010, aduciendo que no contaba con los requisitos establecidos para tal efecto, al no tener periodos cancelados.

1.1.5 Así mismo, se informó que el señor Vargas Posada tiene graves problemas de salud, pues padece de enfermedades degenerativas, tales como: "enfermedad coronaria por lo cual se le intervino con STEM, también presentó hipertensión arterial, secuelas de ACV hemiparesia D y por último diabetes mellitus". Éstas fueron tenidas en cuenta para que la Vicepresidencia de Pensiones del Instituto del Seguro Social, hoy Colpensiones, el 18 de octubre de 2011, calificara su incapacidad laboral con un 67.04%, con fecha de estructuración el 5 de agosto de 2011.

1.1.6 En consecuencia, el actor solicitó a Colpensiones la pensión de invalidez. No obstante, la administradora negó dicha petición a través de Resolución No. GNR 020442, del 13 de septiembre de 2012, con fundamento en que no acreditaba cincuenta (50) semanas cotizadas, en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Frente a la señalada resolución el accionante interpuso los recursos de reposición y, en subsidio, apelación, pero la decisión se confirmó a través de Resoluciones No. GNR 092110 del 11 de mayo de 2013 y No. VPB 6647 del 5 de noviembre de 2013.

El accionante manifestó que solicitó a Colpensiones dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa, para que le sea otorgada la pensión de invalidez, pero la accionada se ha negado a recibir la documentación, aduciendo que debe volverse a calificar su capacidad laboral, lo cual se le dificulta por la falta de recursos económicos.

1.1.7 Por último, en la acción de tutela se hizo énfasis, por un lado, en que el señor Vargas Posada, por su edad y estado de salud, es una persona en estado de debilidad manifiesta. Además, no tiene capacidad económica para prodigarse lo necesario, no posee bienes inmuebles que le generen algún ingreso para sobrevivir y su esposa depende económicamente de él. Por otro lado, que, al ser el actor beneficiario del régimen de transición, se debe dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990 y pagársele su mesada pensional por invalidez desde el 5 de agosto de 2011.

## 1.2 Actuación procesal

Mediante auto del 27 de septiembre de 2017, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Tulúa (Valle del Cauca), reconoció personería para actuar en representación del actor a la abogada Sandra Patricia Ospina Suarez; admitió la acción de tutela; y, en consecuencia, ordenó practicar todas las pruebas necesarias.

### (i) Respuesta de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones

A través de escrito del 2 de octubre de 2018 la administradora solicitó declarar improcedente la acción de tutela, teniendo en cuenta su carácter subsidiario, pues el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial en la Jurisdicción Ordinaria Laboral y, respecto de las Resoluciones No. GNR 092110 y No. VPB 6647 que resolvieron los recursos de reposición y apelación interpuestos contra la Resolución No. GNR 020442, que negó la pensión de invalidez, se debe agotar el procedimiento administrativo correspondiente.

## 1.3 Decisiones objeto de revisión

### (i) Sentencia de primera instancia

A través de fallo del 9 de octubre de 2018, el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Tuluá (Valle del Cauca) declaró improcedente la acción de tutela.

En su análisis tuvo en cuenta, en primer lugar, que debían flexibilizarse los presupuestos del requisito de subsidiariedad en el presente caso, en atención a que se trata de un sujeto de especial protección constitucional, debido a su edad, y por ello resultaba desproporcionado someterlo a un proceso ordinario laboral, por lo que el recurso de amparo resultaría el medio idóneo para la reclamación de sus derechos. No obstante, encontró que transcurrieron casi cinco (5) años entre la expedición de la última resolución que confirmó la negativa de la pensión de invalidez y la interposición de la presente acción, lo que, en su criterio, no denota la necesidad de una protección urgente, que pueda acarrear un perjuicio irremediable.

### (ii) Impugnación

Mediante escrito del 18 de octubre de 2018, la abogada del actor refirió que en el examen del caso de su representado debe priorizarse el análisis de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, con el fin de otorgarle la pensión de invalidez, pues el señor Vargas Posada es una persona en debilidad manifiesta, en razón de su edad, lo cual fue pasado por alto por el a quo. Aunado a lo anterior, señaló que el accionante actualmente vive de la caridad de sus familiares y amigos.

### (iii) Sentencia de segunda instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga (Valle del Cauca), el 19 de noviembre de 2018, decidió confirmar la sentencia de primera instancia, con base en las siguientes consideraciones:

“Dentro del presente asunto, se puede concluir sin hesitación alguna la improcedencia del amparo invocado (...) el actor cuenta con mecanismos idóneos y expeditos para criticar la negativa de COLPENSIONES, en reconocer su pensión de invalidez; acudiendo precisamente a la jurisdicción ordinaria laboral, que procede en tanto se negó su pensión de invalidez (...) no se puede estimar como superado el requisito de procedibilidad de la subsidiariedad, pues no se avizoran agotados los referidos mecanismos ordinarios o que se encuentre el actor, bajo la inminencia de un perjuicio irremediable, pues, a más, de lo anterior, transcurrió una amplia temporalidad entre la expedición de los actos administrativos criticados y la interposición del presente amparo; de tal forma que no se justifica que esta Sala, en sede constitucional, reemplace al juez natural o a la autoridad judicial competente encargada del procedimiento, para adoptar la decisión que en derecho corresponda (...)

En este caso, no se evidenció un motivo válido para la dilación en que incurrió el accionante, en interponer el amparo tutelar, y aun estando en la posibilidad de demostrarlo en la alzada, tampoco lo hizo; por tanto es preciso concluir que la inactividad no fue, bajo ningún punto de vista, justificada y ello no permitió al juez de instancia, obviar la exigencia analizada (...)

De las pruebas allegadas a la actuación, se avizora que el extremo impugnante permaneció estático frente al presunto agravio de sus derechos fundamentales; en tanto desde el acto administrativo VPB 6647 del 5 de noviembre de 2013, transcurrieron 5 años hasta la interposición de la acción de tutela, lo cual implica la desaparición de la inminencia de un perjuicio irremediable que habilitaría la intervención excepcional del Juez constitucional.”

#### 1.4 Pruebas presentadas con la acción de tutela

Los siguientes documentos que constituyen pruebas relevantes se presentaron en copia:

- Registro civil de nacimiento del señor Julio Rómulo Vargas Posada
- Cédula de ciudadanía del señor Julio Rómulo Vargas Posada
- Resolución No. 106678 del 23 de agosto de 2010, expedida por el Instituto del Seguro Social, que negó la pensión de vejez al señor Julio Rómulo Vargas Posada
- Dictamen sobre pérdida de la capacidad laboral del señor Julio Rómulo Vargas Posada, del

18 de octubre de 2011

- Certificación expedida por el Instituto del Seguro Social, el 16 de noviembre de 2011, de que el señor Julio Rómulo Vargas Posada se presentó a recibir el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral y grado de invalidez, SNML-7705 del 18 de octubre de 2011
- Parte de la Resolución No. GNR 020442 del 13 de diciembre de 2012, expedida por Colpensiones, a través de la cual se negó la pensión de invalidez del señor Julio Rómulo Posada
- Resolución No. GNR 092110 del 11 de mayo de 2013, emanada por Colpensiones, que confirmó la Resolución No. 020442 del 13 de diciembre de 2012, a raíz del recurso de reposición interpuesto
- Notificación a Coomeva E.P.S. de retiro como cotizante del señor Julio Rómulo Vargas Posada, a partir del 30 de agosto de 2015, radicada el 26 de agosto de 2015
- Reporte de semanas cotizadas en pensiones por el señor Julio Rómulo Vargas Posada, expedido por Colpensiones, actualizado al 19 de noviembre de 2015

#### 1.5 Pruebas allegadas en el trámite de primera instancia

Los siguientes documentos reposan en el expediente en copia:

- Resolución No. VPB 6647 del 5 de noviembre de 2013, emanada por Colpensiones, que confirmó la Resolución No. 020442 del 13 de diciembre de 2012, a raíz del recurso de apelación interpuesto
- Resolución No. GNR 020442 del 13 de diciembre de 2012, expedida por Colpensiones, a través de la cual se negó la pensión de invalidez del señor Julio Rómulo Posada
- Notificación de la Resolución No. 020442 del 13 de diciembre de 2012
- Notificación de la Resolución No. 092110 del 11 de mayo de 2013

#### 1.6 Pruebas decretadas y allegadas en sede de revisión

##### 1.6.1 Pruebas decretadas

A través de auto del 7 de mayo de 2019, este Tribunal solicitó a Colpensiones allegar copia del expediente administrativo completo, que obrara en esa entidad, en relación con la solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez del señor Julio Rómulo Vargas Posada.

De igual manera, al accionante se le solicitó allegar su historia clínica reciente y absolver algunas preguntas relacionadas con su mínimo vital y explicar las razones por las cuales no ha acudido ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral para reclamar la protección de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados.

## 1.6.2 Pruebas allegadas

### (i) Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones

En escrito radicado el 13 de mayo de 2019, expuso que la acción de tutela no cumple con los requisitos de procedibilidad, puntualmente los de inmediatez y subsidiariedad. A este respecto precisó, en primer lugar, que siendo que la resolución que confirmó la negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez se expidió el 5 de noviembre de 2013 y el amparo se interpuso en 2018, han transcurrido 5 años después de la presunta vulneración de los derechos del actor, por lo que no se puede considerar un plazo razonable.

En segundo lugar, manifestó que cursa un proceso ordinario en el que se ventila el mismo asunto de la presente acción, dentro del cual se ha expedido sentencia de primera instancia y se halla pendiente la decisión en el grado jurisdiccional de consulta. Al efecto, anexó auto admisorio de la demanda ordinaria dentro del proceso ordinario laboral radicado con el No. 76 834 31 05 001 2017 00084 00, en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Tulúa-Valle.

Adicionalmente, hizo alusión a que el actor presentó anteriormente otra acción de tutela por los mismos hechos y cuya sentencia de segunda instancia, del 15 de noviembre de 2016, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga-Sala de Decisión Laboral, confirmó la sentencia de primera instancia que negó por improcedente el amparo. Colpensiones allegó copia de la sentencia referida, en cuyo aparte denominado "SOLICITUD", se consigna lo siguiente "de conformidad con los hechos expuestos anteriormente, solicita el accionante, se ampare sus derechos constitucionales y en consecuencia se ordene a la entidad accionada el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, a la cual cree tener derecho (fl.1 a 27)."

De igual manera, indicó que tampoco se encuentra probada la existencia de un perjuicio irremediable, ya que en el registro público "MAESTRO AFILIADOS COMPENSADOS", en la página web de la ADRES, se encontró que el último periodo cotizado en el régimen contributivo por el actor fue marzo de 2019, y lo ha hecho de forma continua desde 2013, lo que, en su criterio, es un indicio de que dispone de recursos económicos para realizar aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Finalmente, hizo referencia a que es preciso que la calificación de pérdida de capacidad laboral sea actualizada, según lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 100 de 1993, pues fue expedida hace 8 años aproximadamente. Advirtió que este procedimiento es gratuito y se encuentra publicado en la página web de Colpensiones.

Además, el 14 de mayo de 2019, allegó copia del expediente administrativo del señor Julio Rómulo Vargas Posada.

### (ii) Accionante, Julio Rómulo Vargas Posada

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

La Sala Quinta de Revisión es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 86 y el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

## 2. Cuestión previa

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, en sede de revisión, respecto a la posible existencia de temeridad en el presente asunto, esta Sala de Revisión realizará un breve pronunciamiento para definir si, en efecto, se configura dicho fenómeno.

Según lo establece el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, habrá temeridad cuando “sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales”, por lo cual “se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”. De allí se infiere que se incurre en temeridad en caso de que se presenten dos o más acciones de tutela que cuenten con identidad de demandante (ya sea que actúe directamente o a través de apoderado), identidad de hechos y la inexistencia de un factor que justifique la necesidad de interponer una nueva acción.

En ese sentido, la temeridad ha sido entendida por la jurisprudencia constitucional como una vulneración del principio de buena fe, en tanto que constituye un abuso del derecho a interponer una acción de tutela para proteger los derechos fundamentales. Con todo, esta Corporación ha aclarado que “la temeridad es una circunstancia que debe ser valorada cuidadosamente por los jueces para prevenir decisiones injustas. En otras palabras, la conducta temeraria debe encontrarse plenamente acreditada y no puede ser inferida de la simple improcedencia de la tutela o revisando circunstancias meramente formales. Tal conducta requiere de un examen minucioso de la pretensión de amparo, de los hechos en que se funda y del acervo probatorio que repose en el proceso”[1].

Por lo anterior, el hecho de que existan dos acciones de tutela por hechos similares no implica por sí mismo un acto de temeridad, sino que existen casos en los cuales es posible realizar un estudio de fondo de la nueva acción de tutela aún a pesar de dicha identidad de hechos.[2] Estos casos se presentan cuando[3] i) el juez advierta que los derechos fundamentales que dieron lugar a la acción de tutela anterior continúan siendo vulnerados; ii) el accionante haya sido erróneamente asesorado por los profesionales en derecho; iii) la aparición de hechos que ocurrieron con posterioridad al trámite de la primera acción o que se omitieron en el trámite de la misma o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante y, finalmente, v) la jurisprudencia ha aceptado la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional ha proferido una sentencia de unificación con efectos inter pares que creó o modificó una regla con posterioridad a la fecha en que fue fallada la primera acción de tutela.[4]

En el presente caso, advierte la Corte que el actor acudió en una oportunidad anterior a la acción de tutela, tramitada en primera instancia ante el Juzgado Laboral del Circuito de Tulúa[5] y en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara

de Buga (Valle)[6], con el propósito, entre otros, de solicitar la protección de sus derechos a la salud, seguridad social y vida digna, presuntamente vulnerados por Colpensiones, al negarse a reconocerle la pensión de invalidez, a través de Resolución No. 20442 del 13 de diciembre de 2012, y, por lo tanto, solicitó se ordene a la administradora accionada el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.

No obstante lo anterior, en primer lugar, la Sala encuentra que, si bien el actor ha recurrido a la acción de tutela con el mismo propósito que ahora esgrime, las decisiones que sobre el particular se adoptaron no se pronunciaron sobre el fondo de la problemática planteada, es decir, no han adelantado un análisis material sobre la presunta afectación de los derechos fundamentales, ya que, en primera instancia, se declaró improcedente el amparo y, en segunda instancia, se confirmó tal decisión, por lo cual no produjeron efectos vinculantes.[7]

En segundo lugar, la jurisprudencia constitucional ha resaltado en reiteradas oportunidades que el derecho fundamental a la seguridad social (en especial en lo que respecta a la pensión) implica continuidad en el tiempo, de manera que es un derecho que puede ser vulnerado en cualquier momento mientras dure la prestación. En ese sentido, la presentación de una acción de tutela para la protección del derecho fundamental a la seguridad social no impide la posibilidad de que el derecho sea afectado en el futuro o que la primera vulneración continúe y que sea posible, por tanto, acudir a una nueva acción de amparo.[8] En este caso, la Sala advierte que los derechos fundamentales que dieron lugar a la primera acción de tutela continúan siendo vulnerados, pues según la demanda de tutela, la situación del actor se ha venido deteriorando con el paso de los años, tanto en sus condiciones de salud, por el curso natural de sus enfermedades, como en el aspecto económico y la pensión de invalidez no le ha sido reconocida.

En tercer lugar, la Sala observa que después de la interposición de la primera acción de tutela (2016) y antes de la presentación de la segunda, que ahora se revisa, el actor acudió a la Jurisdicción Ordinaria Laboral, un hecho nuevo frente la situación planteada la primera vez. Además del anterior, tuvieron lugar dos hechos jurídicos nuevos, respecto de la primera acción de tutela, pues ésta se presentó antes de que fuera publicado el texto completo de la sentencia SU-442 de 2016, en la que se unifica la jurisprudencia frente a la aplicación de la condición más beneficiosa,[9] es decir, antes del 11 de octubre de 2016,[10] fecha en la que se envió a la relatoría de la Corte Constitucional,[11] con el fin de que sea publicada en la página web de la institución y, con ello, de conocimiento de la ciudadanía en general. Por lo tanto, en la segunda acción de tutela, sí se hace referencia puntual a la sentencia señalada y se solicita su aplicación al caso del actor.

Aunado a lo anterior, el 7 de marzo de 2017 se envió, para su publicación, a relatoría de la Corte Constitucional el texto completo de la sentencia SU-588 de 2016, que unificó la jurisprudencia sobre la pensión de invalidez y capacidad laboral residual y aunque frente a este último concepto el actor no hace ninguna referencia en la acción de tutela que se estudia, es evidente que en este fallo se ampliaron las reglas jurisprudenciales frente a la fecha de estructuración de la invalidez, en el sentido que no pueden desconocerse las semanas efectuadas con posterioridad a la misma y deberán tenerse en cuenta todas las semanas cotizadas al sistema, aspecto directamente relacionado con los hechos

presentados en la demanda de tutela.

Por último, no se advierte un actuar doloso y de mala fe del señor Vargas Posada. Pues el último de los elementos mencionados se presenta cuando la actuación del actor resulta amañada, denota el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, deja al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción, o pretende a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de quien administra justicia.[12] Sin embargo, en el caso que se revisa el actor pretende que, conforme se agrava su situación respecto de su condición de invalidez, se le reconozca un derecho del que cree ser beneficiario, necesario para su subsistencia y con ello satisfacer su mínimo vital. Al efecto, se subraya que el actor se encuentra en un alto grado de vulnerabilidad, en atención a su edad y sus limitadas capacidades físicas, por lo que se trata de un sujeto de especial protección constitucional y ante el apremio de sus necesidades y la falta de una decisión definitiva en este asunto, es evidente que no actuó de forma temeraria al incurrir en duplicidad de interposición de amparo.[13]

Sobre esas bases, a continuación la Sala formulará el problema jurídico que plantea el presente asunto, con el fin de resolver el litigio constitucional formulado por el accionante.

### 3. Problema jurídico

Para resolver el problema jurídico planteado, esta Corporación se ocupará de los siguientes temas: (i) la acreditación de los requisitos de procedencia referentes a la legitimación y al principio de inmediatez; (ii) la procedencia excepcional de la acción tutelar para el reconocimiento de derechos pensionales y el principio de subsidiaridad; (iii) el régimen jurídico de la pensión de invalidez; (iv) la fecha de estructuración de la invalidez a partir del retiro material y efectivo del mercado laboral y (v) el examen constitucional del caso concreto.

### 4. Examen de los requisitos de procedencia referentes a la legitimación y al principio de inmediatez

#### 4.1 Legitimación por activa

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial preferente y sumario, al que puede acudir toda persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión en que incurra cualquier autoridad pública o los particulares en los casos previstos en la ley, y no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo para su protección efectiva.

En este sentido, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, “[p]or el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, determina que: “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma

o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.//También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.//También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales". (Subrayado fuera del texto).

El señor Julio Rómulo Vargas Posada actuó por medio de su apoderada judicial, Sandra Patricia Ospina Suarez, abogada en ejercicio, a quien otorgó poder debidamente anexado al expediente.

El actor acudió al juez constitucional en procura de salvaguardar sus derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso, la salud, la seguridad social, el mínimo vital y la vida digna, presuntamente vulnerados por la entidad accionada al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez, bajo el argumento de no contar con cincuenta (50) semanas cotizadas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración. En tal virtud, esta Sala considera que se encuentra legitimado para actuar en la presente causa.

#### 4.2 Legitimación por pasiva

De conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 5º del Decreto 2591 de 1991, Colpensiones es demandable a través de la acción constitucional, dado que es una autoridad pública que tiene la naturaleza de Empresa Industrial y Comercial del Estado[14], con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de la Protección Social, según el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007[15], a quien se le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales del actor Julio Rómulo Vargas Posada.

En efecto, dicha entidad en ejercicio de sus funciones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez de Julio Rómulo Vargas Posada, lo que dio lugar a la presentación de la solicitud de amparo.

#### 4.3 Principio de inmediatez

La acción de tutela procura garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, por regla general, entre la ocurrencia de los hechos en que se funda la pretensión y la presentación de la demanda, debe haber transcurrido un lapso razonable.

No obstante, cuando se pretende el reconocimiento de un derecho de carácter pensional, esta Corporación ha sostenido que el requisito de inmediatez debe tenerse por cumplido siempre, dado que se trata de "una prestación periódica de carácter imprescriptible"[16] que compromete de manera directa el mínimo vital de una persona. Por consiguiente, las solicitudes relacionadas con su "reconocimiento guardan constante actualidad y se pueden efectuar en cualquier tiempo"[17] .

Esto cobra mayor vigor tratándose de personas adultos mayores y en estado de invalidez, quienes son sujetos de especial protección constitucional, en parte, debido a que por su condición ven menguada la posibilidad de acceder al mercado laboral y, por ende, de

satisfacer su mínimo vital y, a la vez, de garantizar el acceso a un tratamiento de salud riguroso y constante, como, por lo general, exige su discapacidad. Para ellos, el acceso a una prestación que permita su subsistencia digna es una necesidad apremiante, independientemente del paso del tiempo. Al respecto, esta Corporación haciendo referencia a derechos pensionales ha sostenido que “resultaría desproporcionado privar a sus destinatarios de la posibilidad de buscar su respeto en cualquier momento, sometiéndolos, por el contrario, a un perpetuo estado de desamparo que atentaría contra la dignidad humana”[18].

Acorde con lo anterior y teniendo en cuenta que el accionante es un adulto mayor, pues tiene 73 años, y una persona calificada con pérdida de capacidad laboral superior al 67.04%, diagnosticada en razón de “enfermedad coronaria por lo cual se le intervino con STEM, también presentó hipertensión arterial, secuelas de ACV hemiparesia D y por último diabetes mellitus” y que cuenta con limitados recursos económicos, se considera que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para estudiar la procedencia del reconocimiento pensional. Ello, independientemente de la fecha a partir de la cual se haya estructurado la invalidez o se haya negado el reconocimiento de la prestación, pues, la afectación de los derechos del accionante, como consecuencia de la falta de reconocimiento de la pensión de invalidez, se mantiene a pesar del transcurso del tiempo y, aunado a ello, lo contrario resultaría desproporcionado y desatendería la necesidad apremiante del accionante de acceder a un ingreso que le permita sobrellevar su avanzada edad y de contera las enfermedades que padece, de manera que pueda garantizar su mínimo vital y una vida digna.

#### 4.4 Subsidiariedad[19]

El inciso 4º del artículo 86 de la Constitución Política establece el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela así: “[E]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

De este modo, la norma determina que, si hay otros mecanismos de defensa judicial que sean idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a ellos y no a la acción de tutela. Así lo ha reiterado la Corte Constitucional[20] al afirmar que, cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos fundamentales, no puede desconocer las acciones judiciales ordinarias contempladas en el ordenamiento jurídico.

La inobservancia de tal principio es causal de improcedencia de la tutela, a la luz de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 6 del Decreto Ley 2591 de 1991[21]. La consecuencia directa de ello es que el juez constitucional no puede entrar a discernir el fondo del asunto planteado si el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial.

Sin embargo, en virtud de lo establecido en los artículos 86 Superior y 6º del Decreto 2591 de 1991, aunque exista un mecanismo ordinario que permita la protección de los derechos que se consideran vulnerados, la tutela es procedente si se acredita que: (i) el mecanismo no es idóneo ni eficaz, o (ii) “siendo apto para conseguir la protección, en razón a la

inminencia de un perjuicio irremediable, pierde su idoneidad para garantizar la eficacia de los postulados constitucionales, caso en el cual la Carta prevé la procedencia excepcional de la tutela”.[22]

Respecto al segundo supuesto, esta misma sentencia estableció que el perjuicio irremediable se presenta “cuando existe un menoscabo moral o material injustificado que es irreparable, debido a que el bien jurídicamente protegido se deteriora hasta el punto que ya no puede ser recuperado en su integridad.”[26] Respecto a sus características esenciales, en primer lugar, el daño debe ser inminente, es decir, debe estar por suceder y no ser una mera expectativa ante un posible menoscabo, aunque el detrimento en los derechos aún no esté consumado. Segundo, las medidas que se deben tomar para evitar la ocurrencia del perjuicio irremediable deben ser urgentes y precisas ante la posibilidad de un daño grave, el cual es evaluado por la intensidad del menoscabo material a los derechos fundamentales vulnerados o amenazados. Finalmente, la acción de tutela debe ser impostergable, para que las actuaciones de las autoridades públicas o particulares del caso respectivo sean eficaces y puedan asegurar la debida y cabal protección de los derechos fundamentales comprometidos[27].

Reiteración del principio de subsidiariedad de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de acreencias pensionales

Ahora bien, esta Corporación ha establecido que la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones pensionales se sujeta a las siguientes reglas: “(i) procede como mecanismo transitorio, cuando a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la prestación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a la especial situación del peticionario[28]; (ii) procede la tutela como mecanismo definitivo cuando el medio ordinario dispuesto para resolver las controversias, no es idóneo y eficaz, conforme a las especiales circunstancias del caso que se estudia[29]. Además, (iii) cuando la acción de tutela es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, como los niños y niñas, mujeres cabeza de familia, personas en condición de discapacidad, personas de la tercera edad, entre otros, el examen de procedibilidad de la acción de tutela es menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos[30].”[31]

En este sentido, la Sentencia T-087 de 2018[32] especificó que, en estos casos, el amparo constitucional procede cuando la falta de pago de la prestación genera un alto grado de vulneración de los derechos fundamentales del afectado, y se ha desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado.

Asimismo, la Sentencia T-222 de 2018[33] recordó los criterios que el juez debe valorar para establecer si los medios para solicitar la prestación social son eficaces e idóneos[34]: “(i) la edad del accionante, puesto que las personas de la tercera edad son sujetos de especial protección constitucional; (ii) su estado de salud y las condiciones de vulnerabilidad en las que pueda encontrarse; (iii) la composición de su núcleo familiar; (iv) las circunstancias económicas en las cuales se encuentra; (v) que se haya agotado cierta actividad administrativa y judicial tendiente a obtener el reconocimiento del derecho; (vi) el tiempo transcurrido entre la primera solicitud y la interposición del amparo constitucional;

(vii) su grado de formación escolar y el posible conocimiento que tenga acerca de la defensa de sus derechos y, por último, (viii) que tenga cierto nivel de convicción sobre la titularidad de los derechos reclamados.”

Por lo tanto, el juez de tutela debe valorar cuáles son las circunstancias personales del accionante para determinar si las herramientas judiciales ordinarias son idóneas y efectivas. En caso de que no lo sean, el accionante puede reclamar por vía del amparo constitucional el derecho a percibir el pago de prestaciones pensionales, puesto que pueden verse afectadas garantías superiores. En efecto, en relación con los sujetos de especial protección constitucional y aquellos que por su condición económica, física o mental se encuentran en situación de debilidad manifiesta, esta Corporación ha indicado que someterlos a los rigores de un proceso judicial puede resultar desproporcionado y lesivo de sus derechos[35].

En atención a los criterios que ha establecido la Corte Constitucional para que el reconocimiento y pago de derechos pensionales puedan ser amparados mediante una acción de tutela, a continuación se analizan las características específicas del caso en estudio.

En el caso del señor Julio Rómulo Vargas Posada, se tiene que a pesar de la existencia de un medio ordinario de defensa para el reconocimiento de la pensión de invalidez, ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral, donde en efecto se presentó demanda laboral, encaminada al reconocimiento de la pensión de invalidez, pero que aún no ha resuelto el caso de forma definitiva, pues actualmente se surte el recurso de apelación, este no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, conforme a su especial situación.[36] Lo anterior, teniendo en cuenta que se trata de una persona de 73 años, con un deterioro progresivo de su salud,[37] en condición de discapacidad,[38] circunstancias que le impiden trabajar y de esta manera se encuentra afectado su mínimo vital y el de su familia, teniendo en cuenta que su esposa depende económicamente de él, por demás que tampoco posee bienes inmuebles que le generen algún tipo de ingreso para sobrevivir. En consecuencia, se ve afectada su dignidad humana, entre otros derechos fundamentales, ya que, según se alega en la demanda, depende de la caridad de familiares y amigos, afirmaciones que no fueron desvirtuadas de forma certera por la demandada. Por lo que se trata de un perjuicio inminente y grave, que requiere la adopción de medidas urgentes y frente al cual la respuesta que se demanda por vía judicial debe ser eficiente y oportuna, a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.

De acuerdo con lo expuesto, el accionante se encuentra en un alto grado de vulnerabilidad de sus derechos fundamentales.

Aunado a lo anterior, observa la Sala que el accionante radicó una solicitud en ejercicio del derecho de petición a Colpensiones para que le sea reconocido su derecho a la pensión de invalidez. Frente a la negativa de Colpensiones, interpuso, en su momento los recursos de reposición y apelación, los cuales igualmente fueron decididos de forma desfavorable, motivo por el cual presentó demanda ordinaria laboral y ante la demora de la misma en resolver su caso y el apremio de sus necesidades, presentó la demanda de tutela que se estudia. Desde este punto de vista, se observa que el accionante ha desplegado una

considerable actividad administrativa y judicial en defensa de sus derechos.

Finalmente, es preciso hacer referencia al argumento esgrimido por Colpensiones, a efectos de desvirtuar la probabilidad de la ocurrencia de un perjuicio irremediable, cuando afirma que es un indicio en contra de la configuración de esta excepción al principio de subsidiariedad, que el actor aparezca en la página web de la ADRES como cotizante, pues ello indicaría que dispone de los recursos económicos necesarios para efectuar tales pagos. Sin embargo, tal información no es contundente como elemento de prueba, pues que una persona se encuentre activa en este sistema de consulta de base de datos de afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, no necesariamente implica que se encuentre cotizando a pensiones y, además, allí no se hace un resumen detallado de las semanas cotizadas. Por si fuera poco, fue Colpensiones, en calidad de demandada, la que allegó un reporte de semanas cotizadas únicamente hasta el 31 de agosto de 2015. Por último, no hay certeza de que, en caso de estar el actor cotizando a pensiones, sea en razón de que se encuentra trabajando o de que posea recursos económicos que así se lo permitan.

No obstante lo anterior, cabe aclarar que de encontrarse, en el examen de fondo de este asunto, que al actor le asiste el derecho a la pensión de invalidez, se otorgará un amparo transitorio, ante la urgencia de la protección de los derechos fundamentales del señor Vargas Posada, pues se encuentra comprometida su vida digna e integridad física, hasta tanto se adopte una decisión definitiva en el proceso ordinario laboral radicado con el No. 76 834 31 05 001 2017 00084 00, cuyo trámite esta Sala verificó[39].

Por lo anterior, la Sala concluye que se encuentran satisfechos los requisitos enunciados por la jurisprudencia constitucional, para encontrar acreditado el principio de subsidiariedad. De ahí que, más adelante, se examinará si el señor Julio Rómulo Vargas Posada tiene derecho a la pensión solicitada.

## 5. Régimen jurídico de la pensión de invalidez

El derecho a la seguridad social que se encuentra regulado en el artículo 48 de la Constitución Política[40], busca garantizar y proteger la dignidad humana frente a las contingencias de enfermedad, vejez y muerte. Este derecho se contrae al reconocimiento de la pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, a través de las cuales se protege al trabajador y su núcleo familiar en caso de proceder alguna de las citadas eventualidades.

La pensión de invalidez, en particular, procede para quien ha sufrido una limitación física, sensorial o psíquica que le ha ocasionado la pérdida de su capacidad laboral. Esta prestación comporta especial importancia en un Estado Social de Derecho, habida cuenta que permite a la persona en estado de discapacidad acceder a una prestación mensual que garantice su subsistencia digna, con requisitos menos exigentes que la pensión común de vejez, protegiendo, de esta manera, la igualdad material prevista en el artículo 13 Superior.

Actualmente, para estudiar la procedencia de su reconocimiento deben tenerse en cuenta los requisitos exigidos en el Decreto 758 de 1990, en el texto original de la Ley 100 de 1993 y en la Ley 860 de 2003, por consiguiente, es menester realizar un sucinto recuento de estos textos normativos.

Por medio del Decreto 758 de 1990 se aprobó el Acuerdo Número 049 de 1990 con el que “se [expidió] el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte”. En el artículo 6º de esta disposición se exigía, para reconocer la pensión de invalidez, que el cotizante contara con 150 semanas cotizadas en los 6 años anteriores a la fecha de estructuración o 300 semanas en cualquier tiempo[41].

Esta disposición fue derogada mediante la Ley 100 de 1993[42] “[p]or la cual se crea el sistema de seguridad social integral”. A través del artículo 39 se cambiaron los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, en los siguientes términos (i) si la persona se encontraba cotizando debía tener 26 semanas aportadas al Sistema de Seguridad Social; de lo contrario, (ii) debía contar con 26 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a fecha en que se produjera el daño.

Posteriormente, se expidió la Ley 797 de 2003[43] “[p]or la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”. Los requisitos para acceder a la pensión de invalidez fueron modificados a través del artículo 11, no obstante, este fue declarado inexecutable debido a vicios de procedimiento[44], situación que dio lugar a la expedición de la Ley 860 de 2003, que actualmente se encuentra vigente.

A través de la Ley 860 de 2003[45], “[p]or la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993”, se aumentó a 50 el número de semanas que deben cotizarse al Sistema de Seguridad Social y a 3 años el lapso durante el cual deben cotizarse con anterioridad a la fecha de estructuración. Ello, a menos que a) la persona tenga menos de 20 años, evento en el cual debe contar con 26 semanas cotizadas en el último año; o b) que la persona cuente con el 75% de las semanas exigidas para acceder a la pensión de vejez, en cuyo caso debe contar con 25 semanas cotizadas en los últimos 3 años[46].

Así las cosas, para efectos de este reconocimiento prestacional debe analizarse la Ley 860 de 2003.

Ahora bien, los criterios en los cuales se sustenta el legislador para determinar el reconocimiento de la pensión de invalidez se centran en el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, el cual debe ser igual o superior al 50%, y el cúmulo de un monto de semanas cotizadas antes de la fecha de estructuración.

La pérdida de capacidad laboral antes de 2014 la determinaba la Vicepresidencia de Pensiones del Instituto de Seguro Social, conforme a lo dispuesto en el artículo 44 de la Ley 100 de 1993, el artículo 52 de la Ley 962 de 2005 y la Resolución 1971 de 1999 del Ministerio del Trabajo.

Posteriormente, en principio, la determina “Colpensiones, las Administradoras de Riesgos Profesionales (ARP), las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y las Entidades Promotoras de Salud EPS”[47]. Ello, a través de un dictamen expedido conforme con el Decreto 1507 de 2014, “Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional”. Este debe contener: el grado de la invalidez, la fecha

de estructuración y el origen de las contingencias; así como los fundamentos de hecho y de derecho que motiven la decisión.

La fecha de estructuración, según el artículo 3º del Decreto 1507 de 2014[48], responde a los siguientes criterios: (i) se determina teniendo en cuenta el momento a partir del cual una persona alcance el 50% de pérdida de capacidad laboral u ocupacional, ya sea por una enfermedad o accidente (de acuerdo con “la evolución de las secuelas”); (ii) debe fundamentarse en la historia clínica, los exámenes médicos y de ayuda diagnóstica o, en su defecto, en la historia natural de la enfermedad; (iii) puede ser anterior o corresponder a la fecha en que se declare la pérdida de la capacidad laboral; (iv) debe estar argumentada por el calificador, de lo cual se debe dejar constancia en la correspondiente determinación y (v) no depende de que “el solicitante se encuentre laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral”.

Respecto al primer criterio, esto es, que la fecha de estructuración de invalidez se determina a partir del momento en el cual una persona alcanza el 50% de pérdida de capacidad laboral, se precisa que ello puede ocasionarse instantánea o paulatinamente. En el primer evento, la fecha de estructuración corresponde a aquella en la que se produce el daño, lo cual coincide, por lo general, con la ocurrencia de un accidente. En todo caso dependerá del dictamen médico. En el segundo, el criterio radica en la pérdida definitiva y permanente de la capacidad laboral, producida con ocasión al desarrollo de una enfermedad, situación que se presenta, por lo general, en pacientes que padecen enfermedades degenerativas, crónicas o congénitas.

En el segundo caso, esto es, cuando se trata de enfermedades con deterioro progresivo, es dable entender que la fecha de diagnóstico o aquella en la que aparece el primer síntoma no coincida con la fecha en que la persona pierda la capacidad definitiva y permanente de ejercer una actividad laboral. No obstante, reiteradamente esta Corporación ha conocido casos en los cuales las entidades calificadoras determinan la fecha de estructuración siguiendo esos dos parámetros. Situación que ha sido objeto de debate puesto que, por un lado, ha dado lugar a que la calificación de invalidez obedezca a una ficción jurídica ajena a la situación real del afectado[49] y, a la par, ha sido una justificación para que las administradoras de pensiones desconozcan las semanas cotizadas con posterioridad a tal fecha de estructuración.

Comúnmente, esta circunstancia ha sido conocida por la Corte Constitucional a través de la pérdida de capacidad laboral residual, frente a la cual, siguiendo lo dicho, una persona a pesar de estar diagnosticada con una enfermedad degenerativa, crónica o congénita, conserva su capacidad laboral. Al efecto, esta Corporación ha señalado que “la fecha de estructuración debe entenderse como aquella en la que se concreta el carácter de permanente y definitivo que impiden que la persona desarrolle cualquier actividad laboral y continúe cotizando, y no la señalada retroactivamente en la calificación, pues [ello] sólo indica cuando se presentaron los primeros síntomas”[50].

Siguiendo este parámetro, cuando se evidencia que la pérdida de capacidad laboral se estructura en una fecha que dista de la señalada en el dictamen emitido por la entidad calificadora, la Corte Constitucional ha señalado, con fundamento en la pérdida de

capacidad laboral permanente y definitiva, diferentes criterios a partir de los cuales se ha presumido y definido la pérdida de capacidad laboral. Por ejemplo, se ha determinado como fecha de estructuración aquella en la cual se realizó la última cotización[51], la fecha en la que se realizó el dictamen de pérdida de capacidad laboral[52] e, incluso, con fundamento en la fecha en la cual se solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez[53]. En todo caso, el núcleo esencial de estos criterios radica en que la persona, por sus padecimientos, no pueda continuar desempeñándose laboralmente[54].

Al efecto, se destaca la Sentencia T-427 de 2012 a través de la cual se estudió el caso de una persona diagnosticada con retardo mental severo, cuya fecha de estructuración de invalidez se determinó como la fecha de su nacimiento. A pesar de que el accionante padecía una enfermedad congénita, había trabajado y cotizado al Sistema de Seguridad Social hasta el momento en el cual fue retirado de su empleo y, desde entonces, no le fue posible acceder a una nueva oferta laboral. En esta oportunidad, la Corte Constitucional señaló: "(...) Integrando la interpretación de las normas reglamentarias que regulan la fecha de estructuración del estado de invalidez de las personas (Decreto 917 de 1999) con las normas constitucionales e internacionales que actualmente garantizan la protección de los derechos de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás, la Sala de Revisión debe concluir que la fecha en que el actor dejó de trabajar constituye el momento en que su discapacidad se convirtió en invalidez, porque fue en ese momento en el que la barrera social de la discriminación le impidió seguir trabajando, ya que no tuvo acceso a una oportunidad laboral debido a su condición especial, constituyéndose en la causa directa por la que no pudo seguir laborando y aportando al Sistema General de Pensiones"[55].

Igualmente, se pone de presente la Sentencia T-308 de 2016, por medio de la cual se estudió el caso de una persona con 35 años de edad, quien padecía, entre otras enfermedades distrofia muscular, enfermedad degenerativa, que se caracteriza, principalmente, por el debilitamiento muscular progresivo y la pérdida de masa muscular[56]. En esta oportunidad, la Corte Constitucional advirtió que: "una vez el fondo de pensiones verifica que la invalidez se estructuró como consecuencia de una enfermedad congénita, crónica o degenerativa y que la fecha de estructuración no coincide con la realidad fáctica del momento en el cual el peticionario perdió de manera permanente y definitiva su capacidad laboral (...) deberá tener en cuenta la fecha de la última cotización efectuada por el afiliado para, a partir de allí, contabilizar si cuenta con 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a dicha fecha"[57].

## 7. Análisis del caso concreto

7.1 Según se logró constatar, el señor Julio Rómulo Vargas Posada, de 73 años de edad, padece enfermedad coronaria más Stent, hipertensión arterial, secuelas de ACV, hemiparesia D y diabetes mellitus, todas enfermedades crónicas, con base en las cuales la Vicepresidencia de Pensiones del Instituto del Seguro Social, hoy Colpensiones, lo calificó con pérdida de capacidad laboral del 67.04%, con fecha de estructuración del 5 de agosto de 2011. No obstante, se vio en la necesidad de seguir trabajando de forma independiente, pero sus graves afecciones de salud lo obligaron en 2015 a retirarse del mercado laboral, habiendo cotizado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones un total de 806,29 semanas.

De acuerdo con lo manifestado, el actor actualmente depende económicamente de lo poco que pueden proveerle sus familiares y amigos para sustentar sus necesidades básicas, pues tampoco posee ningún bien inmueble del que pueda obtener algún tipo de recurso económico para solventar su mínimo vital y el de su esposa, afirmaciones que no fueron desvirtuadas dentro del expediente.

El señor Vargas Posada solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez; sin embargo, ésta petición fue despachada desfavorablemente bajo el argumento de que no contaba con cincuenta (50) semanas cotizadas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad, según lo establecido por la Ley 860 de 2003, vigente para el 5 de agosto de 2011, fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral.

Ahora bien, el reconocimiento de esta prestación está sujeto a la calificación de invalidez en un porcentaje igual o superior al 50%, a la fecha de estructuración y a contar con un determinado número de semanas cotizadas antes de esa fecha.

7.2 En este orden de ideas, según se expuso en la parte considerativa, la estructuración de la invalidez puede ocasionarse de manera instantánea o paulatina. En el segundo caso, debe tenerse en cuenta que esta Corporación ha reiterado que “la fecha de estructuración debe entenderse como aquella en la que se concreta el carácter de permanente y definitivo que impiden que la persona desarrolle cualquier actividad laboral y continúe cotizando”[58].

Como se mencionó, el actor padece enfermedades crónicas[59], como la coronaria más stent, hipertensión arterial, secuelas de ACV, hemiparesia D y diabetes mellitus, que fueron la base para la calificación de pérdida de capacidad laboral en el año 2011, del 67,04%. Dicho porcentaje demuestra la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra el accionante, quien ya ha hecho un gran esfuerzo por mantenerse activo en la sociedad y cumplir con una carga de solidaridad con el sistema de seguridad social, a pesar de su condición de discapacidad, al continuar ejerciendo su actividad laboral hasta el 31 de agosto de 2015, en calidad de trabajador independiente.[60] En consecuencia y siguiendo lo sentado en la jurisprudencia constitucional, es posible tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración formal de la invalidez, pues la fecha fijada por la Vicepresidencia de Pensiones del Instituto del Seguro Social no responde a la realidad, es decir, al momento en que el actor no pudo continuar con el desempeño de sus labores.

Por consiguiente, las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración deben ser tenidas en cuenta para verificar si se cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Así entonces, teniendo en cuenta que la norma vigente para el 31 de agosto de 2015, última fecha de cotización,[61] corresponde a la Ley 860 de 2003, es menester concluir que se deben contar cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la estructuración de la invalidez para determinar si le asiste al accionante el derecho solicitado. Es decir, este debe contar con cincuenta (50) semanas cotizadas entre el 31 de

agosto de 2012 y el 31 de agosto de 2015. Por ende, se procede a transcribir el siguiente extracto de su historia laboral:

Periodo de cotización

Semanas cotizadas

Desde

Hasta

31/08/12

31/12/12

15,71

01/01/13

31/03/13

12,71

01/04/13

30/04/13

4,29

01/05/13

31/12/13

34,29

01/01/14

31/12/14

51,29

01/01/15

31/08/15

34,14

Total semanas cotizadas

Entre el 31-08-12 y el 31-08-15

152,53

Teniendo en cuenta, por un lado, que el número de semanas exigidas por la Ley 860 de 2003 es de 50 y el accionante cuenta con 152,53 semanas cotizadas antes de la fecha de estructuración de la invalidez y que, aunado a ello, se encuentra diagnosticado con pérdida de capacidad laboral superior al 50%, forzoso es concluir que cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

7.3 No obstante lo anterior, teniendo en cuenta que se encuentra en curso un proceso ordinario laboral, dentro del cual ya se dictó sentencia de primera instancia, desfavorable a los intereses del actor, y actualmente se surte el trámite del recurso de apelación, la protección a los derechos fundamentales del accionante se otorgará de forma transitoria[62], hasta tanto se adopte una decisión definitiva en la jurisdicción ordinaria, con el fin de evitar, de una parte, la ocurrencia de un perjuicio irremediable, como antes se explicó y, de otra, vaciar las competencias del juez natural del caso sometido a examen.

7.4 Bajo estos considerandos, se procederá a (i) revocar el fallo proferido el 19 de noviembre de 2018, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga (Valle del Cauca), Sala de Decisión Constitucional, que confirmó la sentencia emitida el 9 de octubre de 2018, por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Tuluá (Valle del Cauca), que declaró la improcedencia del amparo invocado por el señor Julio Rómulo Vargas Posada. (ii) En su lugar, tutelar transitoriamente los derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso, la salud, la seguridad social, el mínimo vital y la vida digna del señor Julio Rómulo Vargas Posada.

Por consiguiente, se (iii) ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones que, si aún no lo ha hecho, en un término no mayor de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Julio Rómulo Vargas Posada, con fundamento en las consideraciones de esta sentencia, a partir de la expedición de la misma, hasta que se adopte una decisión definitiva dentro del proceso ordinario laboral radicado con el No. 76 834 31 05 001 2017 00084 00, que se tramita en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tulúa (Valle).

#### IV. DECISIÓN

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

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el 19 de noviembre de 2018, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga (Valle del Cauca), Sala de Decisión Constitucional, que confirmó la sentencia emitida el 9 de octubre de 2018, por el Juzgado Segundo Promiscuo de Familia de Tuluá (Valle del Cauca), que declaró la improcedencia del amparo invocado por el señor Julio Rómulo Vargas Posada. En su lugar, TUTELAR TRANSITORIAMENTE los derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso, la salud,

la seguridad social, el mínimo vital y la vida digna del señor Julio Rómulo Vargas Posada.

Segundo.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones que, si aún no lo ha hecho, en un término no mayor de diez (10) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Julio Rómulo Vargas Posada, con fundamento en las consideraciones de esta sentencia, a partir de la expedición de la misma, hasta que se adopte una decisión definitiva dentro del proceso ordinario laboral radicado con el No. 76 834 31 05 001 2017 00084 00, que se tramita en el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tulúa (Valle).

Tercero.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-468 DE 2019

TEMERIDAD-Configuración (Salvamento de voto)

No sería tan grave si la figura de la temeridad fuese un asunto menor en materia de tutela. Pero no es así. Se trata de una institución que protege la certeza y confianza en el sistema judicial y el principio de seguridad jurídica, el cual materializa una función clave del derecho que es cerrar definitivamente las disputas y asegurar, mediante la cosa juzgada, que situaciones ya definidas por la jurisdicción no vuelvan a ser sometidas a procesos sucesivos o que resurjan intempestivamente en el ámbito jurídico en desmedro de quienes ya definieron la situación judicial en una primera oportunidad.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Se debió declarar improcedencia por cuanto no se cumplió requisito de inmediatez (Salvamento de voto)

Referencia: expediente T-7.211.119.

Asunto: acción de tutela interpuesta por Julio Rómulo Vargas Posada en contra de COLPENSIONES.

Magistrado Ponente:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

1. Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la Corte Constitucional, a continuación presento las razones que me conducen a salvar el voto en la decisión adoptada por la Sala Quinta de Revisión en la sesión del 8 de octubre de 2019.

2. Mediante la Sentencia T-468 de 2019[63], la Corte Constitucional tuteló transitoriamente los derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, a la salud, a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida digna del accionante y, por ende, ordenó a COLPENSIONES reconocerle y pagarle la pensión de invalidez hasta que se adopte una decisión definitiva dentro del proceso ordinario laboral que actualmente está en curso.

3. Debido a enfermedades degenerativas que padece, el actor fue calificado el 18 de octubre de 2011 con una pérdida de capacidad laboral del 67.04%, con fecha de estructuración el 5 de agosto de 2011. Por esta razón, le solicitó a COLPENSIONES la pensión de invalidez, la cual le fue negada por no acreditar 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Esta decisión fue recurrida y, finalmente, confirmada el 5 de noviembre de 2013. Con fundamento en todo lo anterior, pidió vía tutela que se le otorgara la pensión de invalidez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

5. A pesar de lo anteriormente expuesto, la Sala descartó que el accionante hubiese incurrido en temeridad, con base en cuatro argumentos. En primer lugar, encontró dos hechos nuevos que sucedieron entre la interposición de la primera y la segunda tutela presentadas por el actor: la iniciación de un proceso ordinario laboral para reclamar la pensión de invalidez y la publicación de las Sentencias SU-442 de 2016[64] y SU-588 de 2016[65], las cuales, según la sentencia de la que me aparto, unificaron la jurisprudencia con respecto a la aplicación de la condición más beneficiosa y la capacidad laboral residual, respectivamente.

En segundo lugar, la Sala observó que “los derechos fundamentales que dieron lugar a la primera acción de tutela continúan siendo vulnerados, pues según la demanda de tutela, la situación del actor se ha venido deteriorando con el paso de los años, tanto en sus condiciones de salud, por el curso natural de sus enfermedades, como en el aspecto económico y la pensión de invalidez no le ha sido reconocida”.

En tercer lugar, señaló que, “si bien el actor ha recurrido a la acción de tutela con el mismo propósito que ahora esgrime, las decisiones que sobre el particular se adoptaron no se pronunciaron sobre el fondo de la problemática planteada, es decir, no han adelantado un

análisis material sobre la presunta afectación de los derechos fundamentales, ya que, en primera instancia, se declaró improcedente el amparo y, en segunda instancia, se confirmó tal decisión”.

En cuarto lugar, precisó que el accionante no actuó dolosamente o de mala fe. Lo anterior, por cuanto “se trata de un sujeto de especial protección constitucional y ante el apremio de sus necesidades y la falta de una decisión definitiva en este asunto, es evidente que no actuó de forma temeraria al incurrir en duplicidad de interposición de amparo”.

6. A continuación, la sentencia de la referencia evaluó y dio por cumplidos los requisitos de procedibilidad de la tutela en el caso concreto y, en relación con el principio de inmediatez, encontró que fue observado, “independientemente de la fecha a partir de la cual se haya estructurado la invalidez o se haya negado el reconocimiento de la prestación, pues, la afectación de los derechos del accionante, como consecuencia de la falta de reconocimiento de la pensión de invalidez, se mantiene a pesar del transcurso del tiempo y, aunado a ello, lo contrario resultaría desproporcionado y desatendería la necesidad apremiante del accionante de acceder a un ingreso que le permita sobrellevar su avanzada edad y de contera las enfermedades que padece, de manera que pueda garantizar su mínimo vital y una vida digna”.

7. Ahora bien, a diferencia de la mayoría de la Sala, creo que el accionante efectivamente incurrió en temeridad. Es cierto que, entre las dos acciones de tutela interpuestas por el demandante por los mismos hechos, se publicó la Sentencia SU-442 de 2016, la cual unificó la jurisprudencia en relación con la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, dada la divergencia de criterios entre la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia. En esta decisión se precisó que la condición más beneficiosa cubre la pretensión de aplicar, no solo la norma inmediatamente anterior a la vigente al estructurarse la invalidez, como lo dispone la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sino también la que antecede a esta última.

No obstante, ninguna de las subreglas jurisprudenciales que se derivan de la sentencia mencionada es aplicable al caso concreto. De hecho, la sentencia de la cual me distancio aplicó los requisitos de la Ley 860 de 2003, según los cuales el reconocimiento de la pensión de invalidez está sujeto a la cotización de 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez. Paradójicamente, las mismas exigencias para el reconocimiento de la pensión de invalidez fueron las consideradas por COLPENSIONES para negar la pensión. La discusión en el caso concreto no versaba entonces sobre la norma aplicable, que es el tipo de divergencias que se resuelve en virtud del principio de la condición más beneficiosa, el cual “admite aplicar normas derogadas a un caso bajo ciertos requisitos”, como se señaló en la Sentencia SU-442 de 2016. Por el contrario, la disputa recaía sobre la fecha a partir de la cual se deberían contar los tres años dentro de los cuales se debieron haber cotizado 50 semanas, esto es, desde la fecha que se fijó formalmente como el momento en el que se estructuró la invalidez o desde la fecha en la que el actor realizó su última cotización al sistema.

El que las subreglas de la Sentencia SU-442 de 2016 no sean aplicables al caso concreto es un hecho que se desprende de la misma providencia de la que me aparto, en la medida en

que ella nunca citó ni destacó la sentencia de unificación mencionada, salvo para señalar que, en razón de que ella fue publicada después de presentada la primera acción de tutela, no se le puede endilgar temeridad al actor.

Más aún, si en gracia de discusión se admitiera que la resolución de este caso estaba mediada por la subregla de acuerdo con la cual la condición más beneficiosa ampara la pretensión de aplicar la norma inmediatamente anterior a la vigente al estructurarse la invalidez y también la antecedente a esta última, no era necesario esperar hasta la publicación de la Sentencia SU-442 de 2016, pues esta subregla existe en la jurisprudencia de la Corte Constitucional al menos desde la Sentencia T-1058 de 2010[66] “y desde entonces se ha reiterado por todas las Salas de Revisión de la Corporación, con algunos matices, de forma predominante hasta la fecha”, como lo reconoció la misma Sentencia SU-442 de 2016.

En este contexto, el precedente que inauguraría la sentencia en la que salvo el voto es que basta con que se haya publicado alguna providencia que tenga al menos una relación temática con una tutela que se interpone por segunda vez –independiente de si sus subreglas son o no aplicables al caso concreto– para evadir la temeridad.

La sentencia de la que me aparto también argumentó que el accionante no actuó temerariamente porque, después de presentada la primera tutela, se publicó la Sentencia SU-588 de 2016, “que unificó la jurisprudencia sobre la pensión de invalidez y capacidad laboral residual y aunque frente a este último concepto el actor no hace ninguna referencia en la acción de tutela que se estudia, es evidente que en este fallo se ampliaron las reglas jurisprudenciales frente a la fecha de estructuración de la invalidez, en el sentido que no pueden desconocerse las semanas efectuadas con posterioridad a la misma y deberán tenerse en cuenta todas las semanas cotizadas al sistema, aspecto directamente relacionado con los hechos presentados en la demanda de tutela”.

Sin embargo, la Sentencia SU-588 de 2016 no modificó la jurisprudencia con respecto a la capacidad laboral residual ni unificó un precedente que no estuviese previamente consolidado, sino que simplemente reiteró subreglas jurisprudenciales ya existentes, por lo que no cambió las circunstancias particulares del caso propuesto por el actor o la interpretación normativa correspondiente. De hecho, la misma providencia reconoció su propio alcance, al señalar que “[s]e trata de reglas claras y pacíficas que son, entonces, reiteradas por esta sentencia de unificación”. En este orden de ideas, resulta inadecuado sostener que un pronunciamiento que no agrega ningún elemento novedoso a las circunstancias del actor ni a la jurisprudencia en general pudiera ser usado y considerado como argumento suficiente para ignorar en el caso concreto la figura de la temeridad.

Adicionalmente, la mayoría de la Sala consideró que no se configura el fenómeno de la temeridad cuando la vulneración de los derechos fundamentales invocados en la primera acción de tutela continúa en el tiempo y la situación del actor se deteriora con el paso de los años. Este razonamiento es inapropiado, ya que omite considerar que generalmente las personas que insisten en interponer una o más tutelas posteriores a una primera lo hacen muy probablemente porque la vulneración de sus derechos continúa y es bastante posible que el paso del tiempo haya deteriorado su situación.

Asimismo, la postura mayoritaria estimó que no se presenta temeridad cuando los jueces que conocieron de la primera acción de tutela no se pronunciaron de fondo, dado que declararon improcedente la acción. Esta afirmación de la sentencia desconoce que la declaratoria de improcedencia de una tutela no es una decisión arbitraria que se pueda controvertir infinitamente a través de tutelas posteriores. La declaratoria de improcedencia no es un capricho de los jueces, sino que surge de la propia naturaleza jurídica de la acción de tutela, esto es, de la observancia y valoración de los requisitos de procedibilidad de la tutela que fueron fijados por el mismo Constituyente de 1991 en el artículo 86 de la Carta.

Admitir sin rigor esta posición sobre la temeridad supone que, en todos los casos de improcedencia de la acción de tutela, la posibilidad de presentar una nueva acción de amparo seguiría vigente hasta tanto el caso le sea repartido a un juez que falle de fondo, bien sea negando o concediendo el amparo. Es más, si un juez rechaza una tutela por temeridad, no hay un estudio de fondo, luego el ciudadano tendría la posibilidad de interponer más tutelas por los mismos hechos hasta que encuentre un juez que considere que no hubo temeridad y decida resolver de fondo. Una conclusión absurda que podría desbordar el trabajo de los jueces y que desconoce el carácter residual de la acción de tutela no la puedo compartir, pues se separa evidentemente de las competencias conferidas expresamente al juez constitucional por el ordenamiento jurídico y resulta contraria a la finalidad misma de protección expedita e inmediata que se le atribuye a la acción de tutela.

Por último, la providencia manifestó que el accionante no actuó dolosamente o de mala fe, sobre la base de que se trata de un sujeto de especial protección constitucional. Una afirmación que estimo errada porque supondría concluir que la figura de la temeridad no es predicable de los sujetos de especial protección constitucional, así actúen a través de apoderado judicial, como sucedió en este caso.

La conclusión a la que arribó el fallo no sería tan grave si la figura de la temeridad fuese un asunto menor en materia de tutela. Pero no es así. Se trata de una institución que protege la certeza y confianza en el sistema judicial y el principio de seguridad jurídica, el cual materializa una función clave del derecho que es cerrar definitivamente las disputas y asegurar, mediante la cosa juzgada, que situaciones ya definidas por la jurisdicción no vuelvan a ser sometidas a procesos sucesivos o que resurjan intempestivamente en el ámbito jurídico en desmedro de quienes ya definieron la situación judicial en una primera oportunidad.

Ligado a lo anterior, una jurisprudencia que facilite injustificadamente evadir la temeridad tiene el efecto perverso de desconocer la función y labor del juez constitucional que definió la causa en una primera oportunidad, así como de aumentar la congestión del sistema y la mora judicial que ella produce. Según el último informe al Congreso de la República del Consejo Superior de la Judicatura, en el 2018 había un rezago de 474.590 procesos, es decir que “[a]l comparar el nivel egresos con el nivel de ingresos, se obtiene que en la Rama Judicial se acumularon 17 procesos por cada 100 ingresos durante el año 2018”[67]. Dado que la acción de tutela representó en el 2018 el 28% del total de demanda de justicia en Colombia[68], es posible que este rezago tenga alguna relación con el hecho de que los

jueces dedican buena parte de su tiempo a resolver tutelas. Pues bien, estas cifras sobre rezago y sobre proporción de tutelas con respecto a la demanda de justicia son susceptibles de incrementarse sustancialmente si se acepta, como ocurre en la sentencia de la que me aparto, que es viable instaurar tutelas por los mismos hechos, sin temor a que se declare una actuación temeraria. El incentivo que produce la postura de la mayoría de la Sala es la presentación de múltiples tutelas por los mismos hechos hasta que, finalmente, el caso sea resuelto por algún juez de manera favorable a los intereses de la parte actora.

Desde luego que esta situación generará congestión judicial si se mantiene el mismo número de empleados y funcionarios judiciales y el mismo grado de eficiencia, lo cual hará que, de manera global, los procesos tomen más tiempo en ser resueltos, afectándose así los derechos de las demás personas que acuden a la justicia a gestionar sus necesidades jurídicas.

En el caso concreto que se estudió en esta providencia, el análisis de la temeridad fue, en mi opinión, bastante flexible si se tiene en cuenta que la tutela fue interpuesta a través de apoderado judicial, pues los abogados deben conocer el derecho y saber que está prohibido presentar más de una tutela por los mismos hechos. Es por esa razón que de los abogados se exige una mayor carga de lealtad con el aparato de justicia, lo cual se refuerza con el hecho de que el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 establece que “[e]l abogado que promoviere la presentación de varias acciones de tutela respecto de los mismos hechos y derechos, será sancionado con la suspensión de la tarjeta profesional al menos por dos años”.

8. Asimismo, las dificultades de procedencia de esta tutela eran extensivas a otros elementos a considerar. En efecto, aun suponiendo que el demandante no hubiese actuado temerariamente, creo en todo caso que la tutela no era procedente por incumplir el requisito de inmediatez. El último acto administrativo que le negó al actor la pensión de invalidez fue expedido el 5 de noviembre de 2013 y la tutela fue presentada el 25 de septiembre de 2018, es decir, casi cinco años después, término claramente desproporcionado.

El argumento de la mayoría de la Sala para dar por cumplido el principio de inmediatez fue que la afectación de los derechos del accionante se mantiene en el tiempo. Esta tesis desnaturaliza por completo el principio de inmediatez, pues si a alguien le violan un derecho, lo más probable es que su vulneración siempre será actual hasta que se presente un hecho superado. En otras palabras, si alguien, por ejemplo, es despedido de su trabajo, podrá interponer tutela diez años después si en ese tiempo no se ha vinculado laboralmente, ya que la vulneración se mantiene por esos diez años. La pregunta es, si el demandante pudo esperar cinco años para promover la acción de tutela en el caso concreto que en esta sentencia se estudió, ¿por qué no puede esperar lo que dure un proceso ordinario?

9. Asumiendo que el hecho que incentivó la presentación de esta tutela fue la publicación de las Sentencias SU-442 de 2016 y SU-588 de 2016, se esperaría al menos que el accionante hubiese interpuesto la tutela dentro de un tiempo razonable después de proferidas estas decisiones. Pero esto no fue así, pues estas providencias fueron enviadas a

la Relatoría de la Corte Constitucional para ser publicadas en la página web de esta Corporación el 11 de octubre de 2016 y el 7 de marzo de 2017, respectivamente, como lo aseguró la sentencia en relación con la cual me distancio. Lo que significa que el actor dejó transcurrir un año y seis meses para presentar la tutela, término que se aparta del principio de inmediatez.

10. A mi juicio, la labor del juez constitucional consiste en ser capaz de adaptar las normas a la realidad social y a las necesidades de justicia material, pero sin que ello suponga sacrificar otros principios constitucionales, tales como la seguridad jurídica, la coherencia interna del derecho, la predictibilidad de las decisiones judiciales y la dogmática jurídica. En mi opinión, la mayoría de la Sala privilegió la justicia material en este caso, pero para ello despojó de todo efecto útil al artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, que prohíbe presentar más de una tutela por los mismos hechos, desconoció el principio de cosa juzgada y desnaturalizó el principio de inmediatez. Mi posición no implica en modo alguno desconocer definitivamente los derechos pensionales del tutelante y la justicia material, puesto que estos derechos pueden ser protegidos en el proceso ordinario que actualmente se encuentra en trámite.

11. En resumen, no comparto la posición de la mayoría de la Sala de conceder el amparo en este caso, ya que, en mi criterio, el accionante sí incurrió en temeridad, si se tiene en cuenta que actuó a través de apoderado judicial. Asimismo, se trata de una sentencia que no debería ser considerada precedente para casos posteriores porque establece reglas jurídicas que se apartan de la jurisprudencia pacífica establecida por esta Corporación en materia de procedibilidad de la acción de tutela. Igualmente, de considerarse precedente jurisprudencial, tendría muy seguramente efectos negativos sobre la congestión y la mora judicial, afectando así los derechos de las personas que acuden a la justicia a resolver sus conflictos. Si en gracia de discusión se admitiera que el accionante en este caso no actuó temerariamente, creo que la tutela debió declararse improcedente por incumplimiento del requisito de inmediatez. Este razonamiento no supone de ninguna manera desconocer los derechos pensionales del tutelante, puesto que, como se desprende de los hechos del caso, se encuentra en trámite un proceso ordinario en el que es posible aplicar efectivamente de fondo las subreglas jurisprudenciales correspondientes y asegurar la protección definitiva de los derechos del demandante.

Fecha ut supra,

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Sentencia T-1215 de 2003, M.P. Clara Inés Hernández.

[2] Sentencia de Unificación SU-637 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

[3] Ver Sentencias T-206 de 2014, M.P. Nilson Pinilla. También las sentencias T-145 de 1995, T-308 de 1995, T-091 de 1996, T-001 de 1997, T-1215 de 2003, T-721 de 2003, T-148 de 2005, T-458 de 2003, T-919/03, T-707/03 y SU-388 de 2005, entre otras.

[4] Sentencia SU-637 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[5] Fallo proferido el 12 de octubre de 2016.

[6] Fallo proferido el 15 de noviembre de 2016

[7] Sentencia SU-168 de 2017

[8] Sentencia de Unificación SU-637 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[9] En cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez y sobrevivencia que implica que, en caso de que una persona no cumpla con los mismos, basta con aplicar la norma inmediatamente anterior a la vigente al estructurarse la invalidez y en ningún modo excluye aplicar otra más antigua que la inmediatamente anterior.

[10] Si se tiene en cuenta que el fallo de primera instancia se produjo el 12 de octubre de 2016, pues no se conoce la fecha exacta de interposición de la demanda de tutela, únicamente los fallos de primera y segunda instancias que al efecto se profirieron.

[11] Providencia que si bien fue aprobada el 18 de agosto 2016, se envió a relatoría de la Corte Constitucional el 11 de octubre de ese año. Al efecto, se puede consultar la página web de la Corte Constitucional, [www.corteconstitucional.gov.co](http://www.corteconstitucional.gov.co).

[12] Sentencia T-001 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, SU-168 de 2017 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

[15] “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”.

[16] T-774 de 2015.

[17] Ibidem.

[18] T-774 de 2015, texto jurisprudencial en el cual se manifiesta que “[e]sta posición se encuentra en armonía con el artículo 86 de la C.P. que prescribe que toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, “en todo momento y lugar”, la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando éstos resulten vulnerados o amenazados; y con la sentencia C-543 de 1992, que declaró inexecutable el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991 que establecía una caducidad de dos meses para impetrar la tutela frente providencias judiciales. En un sentido semejante se pueden consultar las sentencias T-1038 de 2010, T-783 de 2009, T-299 de 2009, T-593 de 2007, T-792 de 2007, T-692 de 2006, T-654 de 2006, T-468 de 2006, T-503 de 2005 y T-526 de 2005”.

[19] Consideraciones tomadas de la Sentencia T-444 de 2018 MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

[20] Ver sentencias T-091 de 2018, MP Carlos Bernal Pulido; T-471 de 2017, MP Gloria Stella Ortiz Delgado; T-541 de 2015, MP María Victoria Calle Correa, entre otras.

[21] “Artículo 6º. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante (...) Se entiende por irremediable el perjuicio que sólo pueda ser reparado en su integridad mediante una indemnización”.

[22] Sentencia T-705 de 2012, MP Jorge Ignacio Pretelt.

[23] Ver sentencias T-471 de 2017, MP Gloria Stella Ortiz Delgado; T-373 de 2015 MP Gloria Stella Ortiz Delgado; T-594 de 2006, MP Clara Inés Vargas Hernández y T-441 de 1993, MP José Gregorio Hernández Galindo.

[24] MP Gloria Stella Ortiz. Esta sentencia cita, a su vez, la Sentencia T-230 de 2013, MP Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[25] En este caso, se cita la Sentencia SU-961 de 1999, MP Vladimiro Naranjo Mesa.

[26] En este caso, se citó la Sentencia T-225 de 1993, MP Vladimiro Naranjo Mesa.

[27] Sentencia T-956 del 2014, MP Gloria Stella Ortiz Delgado, la cual reitera lo establecido en la Sentencia T-808 de 2010, MP Juan Carlos Henao Pérez

[28] Sentencias T-800 de 2012, MP Jorge Iván Palacio Palacio; T-859 de 2004 MP Clara Inés Vargas.

[29] Sentencias T-800 de 2012, MP Jorge Iván Palacio Palacio; T-436 de 2005 MP Clara Inés Vargas, y T-108 de 2007, MP Rodrigo Escobar Gil, entre otras.

[30] Sentencias T-328 de 2011, MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-456 de 2004, MP Jaime Araujo Rentería, y T-789 del 11 de septiembre de 2003, MP Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

[31] T-471 de 2017, MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

[32] MP Gloria Stella Ortiz Delgado.

[33] MP Gloria Stella Ortiz.

[34] Esta sentencia indica que este planteamiento ha sido reiterado pacíficamente en las sentencias T-634 de 2002, MP Eduardo Montealegre Lynett; T-649 de 2011 y T-079 de 2016, MP Luis Ernesto Vargas Silva; y T-379 de 2017, MP Alejandro Linares Cantillo

[35] Sentencia T-194 de 2016, MP Jorge Ignacio Pretelt.

[36] Sentencias T-800 de 2012, MP Jorge Iván Palacio Palacio; T-859 de 2004 MP Clara Inés Vargas.

[37] Como quiera que padece las siguientes enfermedades: “enfermedad coronaria por lo cual se le intervino con STEM, también presentó hipertensión arterial, secuelas de ACV hemiparesia D y por último diabetes mellitus”,

[38] Pues fue calificado con una incapacidad laboral del 67.04%.

[39] La información suministrada por Colpensiones fue corroborada a través de llamada efectuada el 8 de julio de 2019, al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Tulúa (Valle), al número telefónico (2) 2339625, atendida por el Secretario del despacho, Tracíbulo Rojas Lozano, en la cual se pudo establecer que dentro del proceso ordinario laboral adelantado por el actor en contra de Colpensiones, radicado con el No. 76 834 31 05 001 2017 00084 00, se profirió la sentencia No. 007 el 7 de febrero de 2019 y actualmente se surte el recurso de apelación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Guadalajara de Buga (Valle).

[40] T-295 de 2015.

[41] Decreto 758 de 1990, artículo 6º: “a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y, b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”

[42] Ley 100 de 1993, “ARTÍCULO 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.”

[43] Ley 797 de 2003, Artículo 11. “Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

PARÁGRAFO. Los menores de 20 años de edad solo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria”.

[44] Sentencia C-1056 de 2003.

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

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

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

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

Cabe destacar que el requisito de fidelidad subrayado en el aparte que se acaba de transcribir fue declarado inexecutable a través de la Sentencia C-428 de 2009, bajo el argumento de que se vulneraba el principio de progresividad.

[46] Originalmente, en esta norma se exigía cumplir con el requisito de fidelidad, no obstante este fue declarado inexecutable por medio de la Sentencia C-980 de 2009.

[47] Ley 100 de 1993, artículo 41.

[48] “Se entiende como la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.

Esta fecha debe soportarse en la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica y puede ser anterior o corresponder a la fecha de la declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Para aquellos casos en los cuales no exista historia clínica, se debe apoyar en la historia natural de la enfermedad. En todo caso, esta fecha debe estar argumentada por el calificador y consignada en la calificación. Además, no puede estar sujeta a que el solicitante haya estado laborando y cotizando al Sistema de Seguridad Social Integral”.

[49] En este sentido, por medio de la Sentencia T-885 de 2011 se determinó que: “por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones empeoran con el tiempo, la persona puede continuar su vida laboral con relativa normalidad, hasta el momento en que por su condición de salud le es imposible continuar cotizando al sistema. Así, aunque legalmente una persona adquiere el derecho a la pensión de invalidez cuando pierde la capacidad para continuar trabajando, las Juntas de Calificación de Invalidez crean la ficción de situar el momento a partir del cual se considera que una persona no podrá seguir trabajando, en una etapa de la enfermedad en que la persona sigue siendo un trabajador productivo y funcional, y puede aportar al sistema”.

[50] T485 de 2014, reiterada en la Sentencia T-194 de 2016.

[51] T-962 de 2011 y T-153 de 2016.

[52] T-789 de 2014 y T-717 de 2015.

[53] T-022 de 2013.

[54] Ante esta situación, esta Corporación ha señalado que “la fecha de estructuración debe entenderse como aquella en la que se concreta el carácter de permanente y definitivo que impiden que la persona desarrolle cualquier actividad laboral y continúe cotizando, y no la señalada retroactivamente en la calificación, pues [ello] sólo indica cuando se presentaron los primeros síntomas”. T485 de 2014, reiterada en la Sentencia T-194 de 2016.

[55] En este texto jurisprudencial se concluyó que: “Una persona que haya nacido con discapacidad no puede ser excluida del derecho a la pensión de invalidez, bajo el argumento de que no reúne 50 semanas antes de la estructuración de su invalidez porque esta se estableció a partir de su nacimiento, si se constata que, i) está en las mismas condiciones de vulnerabilidad de quienes sí son, por disposición legal expresa, beneficiarios de la pensión, ii) se afilió al sistema y ha aportado un número relevante de semanas (50 o más), iii) no hay pruebas de que lo haya hecho con el ánimo de defraudar al sistema. Esta diferencia de trato, a juicio de la Corte, no tiene ninguna justificación. En cambio, sólo puede ser fruto de una concepción médica de la discapacidad, que si bien en principio es constitucionalmente admisible, en ciertos casos no lo es por la discriminación injustificada a la que conduce. En casos específicos en los cuales una persona que ha nacido con una discapacidad se le niega la pensión de invalidez, es preciso examinar y ajustar razonablemente las instituciones del sistema de seguridad social, con el fin no sólo de evitar discriminaciones injustificadas, sino de cumplir el mandato constitucional de promover “las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y [adoptar] medidas en favor de grupos discriminados o marginados”.

[56]

<http://www.genagen.es/area-pacientes/informacion-genetica-y-enfermedades-hereditarias/enfermedades-geneticas-mas-frecuentes/distrofias-musculares-de-duchenne-y-becker/>

[57] La Sala resalta que existen precedentes jurisprudenciales en los cuales la Corte Constitucional ha resuelto casos sobre pensiones de invalidez fundada en la excepción de inconstitucionalidad. Al respecto, se pueden consultar las sentencias T-1291 de 2005, T-221

de 2006, T-043 de 2007, T-699<sup>a</sup> de 2007, T-550 de 2008, T-1203 de 2008, T-658 de 2008, T-826 de 2008 y T-789 de 2014, entre otras.

[58] T485 de 2014, reiterada en la Sentencia T-194 de 2016.

[59] La sentencia SU-588 de 2016 refiere que se debe hacer un análisis especial, de cara a la pérdida de capacidad laboral residual, en el caso de enfermedades crónicas o degenerativas, en razón del deterioro progresivo de las condiciones de salud que sufren las personas y, cuando son congénitas, por la imposibilidad fáctica y jurídica de cotizar antes del nacimiento, así “lo anterior, se fundamenta en el hecho de que en el caso de las enfermedades degenerativas y crónicas, sus efectos no aparecen de manera inmediata, sino que éstas se desarrollan dentro de un lapso prolongado, ocasionando que la fuerza laboral se vaya menguando con el tiempo y, por lo tanto, permitiendo a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida de manera cierta desarrollar una labor.//Ahora bien, tratándose de enfermedades simplemente congénitas, es decir, aquellas que se presentan desde el momento mismo del nacimiento, esta Corte advierte que la razón del especial análisis que le corresponde realizar a los Administradores de Fondos de Pensiones no se basa en las características progresivas de la enfermedad, sino en la imposibilidad fáctica y jurídica que tienen estas personas de cotizar con anterioridad al día de su nacimiento, motivo por el cual, este razonamiento encuentra su principal fundamento en la observancia de los principios de igualdad y dignidad humana, inherentes a todo ser humano. Interpretar lo contrario implicaría una contradicción, puesto que no parece lógico que el Estado propenda por la inclusión laboral de las personas en situación de discapacidad, pero impida que accedan a un reconocimiento prestacional propio de cualquier trabajador.”

[60] En la demanda de tutela se indica que el actor dejó de cotizar definitivamente en 2015 ya que su avanzada edad y enfermedad lo obligaron a cesar su actividad laboral.

[61] Según reporte de semanas cotizadas en pensiones de Colpensiones.

[62] En los términos del artículo 86 C.P., y el Decreto Ley 2591 de 1991.

[63] M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

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

[65] M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[66] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[67] Consejo Superior de la Judicatura. Informe al Congreso de la República 2018. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2019, p. 24.

[68] Ibidem, p. 48.