

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR EL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE DERECHOS PENSIONALES-Procedencia excepcional

En torno al derecho a la seguridad social, esta Corporación ha dicho que es de naturaleza fundamental, independiente y autónomo, y por ello susceptible de ser protegido por vía de tutela. De hecho, tratándose de derechos de carácter prestacional y, particularmente, de la pensión de invalidez, se ha determinado que los mecanismos ordinarios carecen de idoneidad y eficacia debido a la carga económica y al prolongado paso del tiempo que implican. Lo anterior, teniendo en cuenta que la carga propia de un proceso ordinario, supone una imposición adicional a las graves condiciones socioeconómicas de una persona en estado de discapacidad, por ende, declarar improcedente una tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez, por la existencia de otros mecanismos judiciales, resulta desproporcionado. Situación que cobra mayor vigor cuando el acceso a la pensión de invalidez lo solicita quien padece enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, que con el paso del tiempo impactan de manera inminente la vida.

ACCION DE TUTELA Y REQUISITO DE SUBSIDIARIEDAD-Flexibilidad en caso de sujetos de especial protección constitucional

El Tribunal Constitucional ha puntualizado que si bien el derecho fundamental a la acción de tutela es predicable de todas las personas (Art. 86 C.P.), en aplicación del artículo 13 superior se debe tener en cuenta que si se trata de sujetos de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, en condición de diversidad funcional, cabeza de familia, en situación de pobreza, etc.) o de individuos que se encuentran en posiciones de debilidad manifiesta, el análisis de procedibilidad formal se flexibiliza ostensiblemente, haciéndose menos exigente en razón de la tutela reforzada predicable de estos colectivos.

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público de carácter obligatorio y derecho irrenunciable

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES Y LA IMPORTANCIA DE LA PENSION DE INVALIDEZ

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago

PENSION DE INVALIDEZ-Evolución normativa en relación con los requisitos para su obtención

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

PRINCIPIO DE LA CONDICION MAS BENEFICIOSA EN MATERIA PENSIONAL-Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

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

Entre las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia ha existido una disparidad respecto del margen de acción de la condición más beneficiosa. La Corte Suprema de Justicia ha limitado su aplicación a la norma inmediatamente anterior a la vigente. Este Tribunal Constitucional, por su parte, ha determinado predominantemente que el principio de la condición más beneficiosa exige tener en cuenta aquella norma en vigencia de la cual se cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, independientemente, primero, de que se trate de la norma inmediatamente anterior o a una que la anteceda con mayor antigüedad y, segundo, de que la estructuración de la invalidez se genere con posterioridad a la derogatoria.

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

Una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base

del respeto al precedente constitucional, y (iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Hasta el momento no se han aportado razones de esta naturaleza, por lo cual la jurisprudencia de esta Corte, encargada de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución, se mantiene y es vinculante para todas las autoridades, incluidas las judiciales (CP. Art. 241).

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA-Derecho imprescriptible, irrenunciable, suplementario y facultativo

PENSION DE VEJEZ Y DE INVALIDEZ E INDEMNIZACION SUSTITUTIVA-Incompatibilidad

En las Sentencias T-606 de 2014 y T-002 A de 2017, las Salas de revisión fijaron la subregla jurisprudencial consistente en que el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de vejez o invalidez no impide que el beneficiario reclame el derecho a la pensión, siempre y cuando el valor de esta última se compense con las mesadas pensionales. Así, el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001 que señala taxativamente que “[...] las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez”, ha sido interpretado por la Corte en el sentido de que “[...] no significa que a una persona que ya se le reconoció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, no pueda volvérselo a examinar el derecho a una pensión, que cubra de manera más amplia las contingencias de la discapacidad. “[...] la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorgó con apego a las normas legales y a la Constitución.”

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Orden a Colpensiones reconocer y pagar pensión de invalidez conforme al Decreto 758 de 1990

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

Referencia: Expedientes T-6.282.693 y T-6.266.183 acumulados

Demandantes: Jorge Eliecer Gómez Vargas y Jorge Augusto Moreno Manotas

Demandado: Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, Gloria Stella Ortiz Delgado y José Fernando Reyes Cuartas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente,

SENTENCIA

En la revisión de los fallos proferidos dentro de los expedientes (i) T-6.282.693, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, mediante el cual se confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Once Administrativo de Oralidad del Circuito de Medellín, providencia que negó la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Jorge Eliecer Gómez Vargas y (ii) T-6.266.183 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil-Familia, mediante el cual se confirmó la sentencia emitida por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, que negó la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, vida e igualdad del señor Jorge Augusto Moreno Manotas.

Los expedientes bajo estudio fueron escogidos para revisión y acumulados por presentar unidad de materia, por la Sala de Selección Número Ocho, a través de Auto del 11 de agosto de 2017, y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

Expediente T-6.282.693

1. Solicitud

El señor Jorge Eliécer Gómez Vargas, a través de apoderada judicial, presentó acción de tutela el 8 de marzo de 2016, contra la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, en procura del amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la dignidad humana, al debido proceso e igualdad, presuntamente vulnerados por esta entidad, al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen común, por considerar que no cumplía con lo previsto en la norma vigente, Ley 860 de 2003.

1. Hechos relevantes

2.1 El accionante tiene 62 años (11/09/55) y sufre de diabetes insulino dependiente, con amputación de miembro inferior derecho, que lo imposibilitan para la realización de actividades laborales.

2.2 Debido a un accidente de origen común, el 20 de junio de 2012, el accionante fue calificado por la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social, con una pérdida de la capacidad laboral del 60.80%, con fecha de estructuración del 12 de diciembre de 2011.

2.3 El 7 de febrero de 2013, el accionante presentó ante la accionada solicitud de pensión de invalidez de origen común, pero mediante la Resolución GNR249721, del 7 de octubre de 2013, le fue negada. Lo anterior, por no cumplir con los requisitos establecidos para el efecto en la Ley 860 de 2003.

2.4 Al efecto, el accionante afirma que sumadas las semanas cotizadas en razón de su trabajo en el sector privado, es decir 232.29, a las del sector público, 154.57, se obtiene un total de 386.86 semanas con anterioridad al 1 de abril de 1994.

3. Pretensiones

El accionante solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez de origen común de forma

definitiva o transitoria, a partir de la fecha de estructuración de su estado de invalidez, según lo dispuesto por el Decreto 758 de 1990, dando aplicación al principio de condición más beneficiosa. Además, pide se impongan las sanciones correspondientes al representante legal de la entidad accionada, por la omisión y/o tardanza en el reconocimiento de la pensión de invalidez.

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente

-Poder otorgado a la abogada Jacqueline Orozco Patiño, para que presente la acción de tutela en nombre del accionante. (fl. 13, cuaderno 1)

-Copia del dictamen emitido por la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social sobre la determinación de la pérdida de la capacidad laboral. (fls. 14 y 15, cuaderno 1)

-Copia de la Resolución de Colpensiones GNR 249721 del 7 de octubre de 2013, mediante la cual se niega el reconocimiento de la pensión de invalidez y el acta de notificación de 24 de octubre de 2013. (fls. 16-18, cuaderno 1)

-Copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones, entre enero de 1967 y marzo de 2017, expedido por Colpensiones. (fls. 19-22, cuaderno 1)

-Copia de Formato 1 -Certificado de información laboral; Formato 2-Certificado de salario base; Formato 3 (B)- Certificación de salarios mes a mes, del Departamento de Antioquia. (fls.23 a 25, cuaderno 1)

-Copia de constancia expedida por la Secretaría de Gestión Humana y Desarrollo Organizacional -Dirección de Personal, de la Gobernación de Antioquia, en donde se relacionan los pagos mes a mes entre los años 1978, 1979, 1980 y 1981. (fls. 26 y 27, cuaderno 1)

-Copia de la cédula del señor Jorge Eliecer Gómez Vargas y Registro Civil. (fls. 28 y 29, cuaderno 1)

5. Trámite procesal y contestación a la demanda de tutela

Mediante auto del 8 de marzo de 2017 el Juzgado Once Oral Administrativo del Circuito de

Medellín, admitió la acción de tutela.

La Gerente Nacional de Defensa Judicial de Colpensiones, en escrito radicado el 14 de marzo de 2017, solicitó declarar improcedente la acción de tutela, al encontrar que no es competencia del Juez Constitucional realizar un análisis de fondo frente a una prestación de carácter económico, que debe ser resuelta por un Juez Ordinario, a través de los mecanismos legales establecidos para ello, máxime si no se cumplen los requisitos de inmediatez y subsidiariedad.

6. Decisiones Judiciales de Instancia

6.1 Primera Instancia

El Juzgado Once Administrativo Oral de Medellín, el 17 de marzo de 2017, resolvió no tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante. Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien es cierto en el caso podría aplicarse la condición más beneficiosa a la pensión de invalidez, también lo es que los documentos aportados como pruebas y que pudieran consolidar el total de los requisitos exigidos por las reglas jurisprudenciales para su acceso -certificación expedida por el Departamento de Antioquia, el 19 de diciembre de 2014-, no fueron puestos en consideración de la entidad accionada y, por tanto, ésta actuó en derecho de conformidad a las pruebas con las que contaba en el momento.

6.2 Segunda Instancia

El Tribunal Administrativo de Antioquia-Sala Tercera de Oralidad, el 9 de mayo de 2017, confirmó el fallo del a quo, al considerar que no es clara la titularidad del derecho del accionante, ya que no están validadas la totalidad de semanas cotizadas que requiere para tales efectos y éste no puso en conocimiento a la entidad accionada todos los documentos que sirven como prueba para la acreditación del tiempo de servicios. Dice el ad quem que tampoco se allegó prueba sumaria de la afectación al mínimo vital, en la medida que el accionante dejó de cotizar hace 9 años aproximadamente y la calificación de la pérdida de capacidad laboral es del 20 de junio de 2012.

7. Trámite en sede de revisión de tutela

A través de auto del 6 de septiembre de 2017, al observar que resultaba necesario ordenar la práctica de algunas pruebas que permitieran verificar los supuestos de la acción de tutela objeto de revisión y un mejor proveer, se solicitó al señor Jorge Eliecer Gómez Vargas, a través de su apoderada judicial, remisión de copia de las historias laboral y clínica, así como la absolucón de algunos interrogantes en torno a la atención de sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar. En ese mismo sentido, se pidió a Colpensiones el envío de copia de la historia laboral del accionante.

La apoderada del señor Jorge Eliécer Gómez Vargas presentó un escrito, el 19 de septiembre de los cursantes, dentro del mismo explicó que el accionante se encuentra desempleado al igual que su esposa, quien depende económicamente de él, y que recibe ayuda de forma esporádica de su hijo. Por tanto, su sustento lo deriva de “mandados” que realiza y su situación económica es precaria (gastos mensuales: \$450.000 por concepto de alimentación, medicamentos \$150.000, servicios públicos \$200.000 y un préstamo que adquirió por \$1.800.000); se encuentra adscrito al SISBEN nivel 1 y no tiene inmuebles ni muebles.

Respecto de la situación actual de salud del accionante, informó que se encuentra deteriorada, como quiera que es diabético insulín dependiente, con hipertensión arterial, alto riesgo cardiovascular y con secuelas a raíz de la amputación de uno de sus miembros inferiores. Además, le ha sido difícil obtener todas las citas médicas que requiere para controlar sus enfermedades. Anexó documentos relacionados con la historia clínica y laboral de su poderdante.

Por su parte Colpensiones, a través de oficio OPT-A-1916/2017, radicado el 27 de septiembre de la presente anualidad, remitió copia de la historia laboral del señor Gómez Vargas, tal como se le solicitó.

Expediente T-6.266.183

1. Solicitud

El señor Jorge Agustín Moreno Manotas presentó acción de tutela, a través de apoderada judicial, el 6 de febrero de 2017, contra la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, en procura del amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la

dignidad humana, a la seguridad social, a la vida y a la igualdad, presuntamente vulnerados por esta entidad, al negar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por considerar que no cumplía con lo previsto en la norma vigente, Ley 860 de 2003.

2. Hechos relevantes

2.1 El accionante tiene 71 años (30/12/45), padece de hipertensión esencial (primaria) y una deficiencia renal terminal y, en consecuencia, se encuentra discapacitado para trabajar.

2.2 El 15 de mayo de 2015, Colpensiones le dictaminó una pérdida laboral del 73.2%, con fecha de estructuración el 1º. de enero de 2009.

2.3 El 26 de noviembre de 2015, el accionante solicitó a la accionada el reconocimiento de la pensión de invalidez. No obstante, a través de Resolución GNR 23109, del 22 de enero de 2016, le fue negada su petición, por no cumplir los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003.

2.4 El accionante laboró con diferentes empleadores, entre el 1 de mayo de 1969 y el 2 de febrero de 1992. En la historia laboral que reposa en Colpensiones se refleja un total de 660.14 semanas, cotizadas antes del 1 de abril de 1994, cuando entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

2.5 Frente a la citada resolución interpuso los recursos de reposición y apelación, los que le fueron resueltos de forma desfavorable.

3. Pretensiones

El accionante solicita el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a partir del 1 de enero de 2009, fecha de estructuración de la misma, según lo dispuesto por el Decreto 758 de 1990, dando aplicación al principio de la condición más beneficiosa. Así mismo solicita el pago de retroactivo, aumentos, reajustes de ley e intereses de mora, todo debidamente indexado.

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente

-Poder otorgado a la abogada Nuris Yin Villanueva Muñoz, para interponer la acción de tutela.

(fl.10, cuaderno 1)

-Copia de la cédula de ciudadanía del señor Jorge Augusto Moreno Manotas (fl. 11, cuaderno 1)

-Copia de comunicación enviada al accionante a través de la cual se le dan a conocer los resultados del dictamen mediante el que se le otorga la calificación de pérdida de capacidad laboral. (fls. 12-15, cuaderno 1)

-Copia de constancia de firmeza del dictamen de calificación de invalidez del señor Jorge Augusto Moreno Manotas. (fl. 16, cuaderno 1)

-Copia de reporte de semanas cotizadas en pensiones, entre enero de 1967 y septiembre de 2016, actualizado al 12 de septiembre de 2016. (fl. 17, cuaderno 1)

-Copia de la Resolución No. GNR23109, mediante la cual se negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez del accionante y el acta de notificación respectiva. (fls. 21-23, cuaderno 1)

-Copia de la Resolución No. GNR68211, mediante la cual se confirmó la resolución 23109 y el acta de notificación respectiva. (fls. 18-20, cuaderno 1)

5. Trámite procesal y contestación a la demanda de tutela

Mediante auto del 7 de febrero de 2017 el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla admitió la acción de tutela.

En escrito del 13 de febrero de 2017, la Vicepresidenta Jurídica y Secretaría General (e) de Colpensiones, solicitó se declare improcedente la acción de tutela, por cuanto existen otros medios de defensa judiciales.

Aunado a lo anterior, indicó que al accionante se le han respondido todas sus solicitudes, con la expedición de las resoluciones GNR 23209, del 22 de enero de 2016, a través de la cual se niega el reconocimiento y pago de pensión de invalidez; GNR 68211, del 2 de marzo de 2016, mediante la cual se resuelve el recurso de reposición en contra de la anterior resolución y GNR 340060 de 16 de noviembre de 2016, que reconoce la indemnización sustitutiva de la

pensión de vejez.

6. Decisiones Judiciales de Instancia

6.1 Primera Instancia

El Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, el 20 de febrero de 2017, resolvió denegar el amparo al accionante, teniendo en cuenta que no hay discusión en que la pérdida de capacidad laboral del accionante se estructuró el 1 de enero de 2009 y, por tanto, no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º. de la Ley 860 de 2003, para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez.

6.2 Segunda Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla- Sala Civil Familia, el 6 de abril de 2017, confirmó el fallo del a quo con los mismos argumentos, a los que adicionó que el 16 de noviembre de 2016 le fue reconocida y pagada al accionante una indemnización sustitutiva de una pensión de vejez, mediante resolución GNR 340060.

7. Trámite en sede de revisión de tutela

A través de auto del 6 de septiembre de 2017, al observar que resultaba necesario ordenar la práctica de algunas pruebas que permitieran verificar los supuestos de la acción de tutela objeto de revisión y un mejor proveer, se solicitó al señor Jorge Augusto Moreno Manotas, a través de su apoderada judicial, remisión de copia de las historias laboral y clínica, así como la absolución de algunos interrogantes en torno a la atención de sus necesidades básicas y las de su núcleo familiar. En ese mismo sentido, se pidió a Colpensiones el envío de copia de la historia laboral del accionante.

A través de escrito radicado el 26 de septiembre de 2017, la abogada del señor Moreno Manotas allegó declaración jurada del señor Fernando de Jesús Herrera Pretelt, testigo de la situación del accionante. En este documento se hizo referencia a que el accionante depende de su esposa, Doris Margarita Suarez Badillo, que tiene una hija, Vanessa del Carmen, que su

situación es precaria, no recibe pensión, ni salario de ninguna entidad pública o privada, pues está enfermo y se le practica un procedimiento de diálisis, por lo cual no puede trabajar y vive en casa de su hermana Nuris Isabel Moreno Manotas, con su esposa e hija. Además, adjuntó otros documentos relacionados con las historias laboral y clínica del accionante.

Por su parte, Colpensiones, a través de oficio OPT-A-1916/2017, radicado el 27 de septiembre de la presente anualidad, remitió copia de la historia laboral del señor Moreno Manotas, tal como se le solicitó.

II. CONSIDERACIONE DE LA SALA

1. Competencia

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para proferir sentencia de revisión en este caso, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedencia de la acción de tutela

2.1. 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 cualquier persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión en que incurra cualquier autoridad pública o un particular, en los casos específicamente previstos por el legislador. 1

En los casos que se examinan, los accionantes acudieron a la acción de tutela a través de sus apoderadas judiciales, a quienes les otorgaron los respectivos poderes, que se encuentra debidamente anexados a los expedientes (T-6.282.693, fl. 13 y T-6.266.183, fl. 10). Las demandas se presentaron con el fin de que fueran protegidos los derechos fundamentales al mínimo vital, al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad social de los actores, los cuales han sido presuntamente vulnerados por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al no acceder al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Lo anterior, a pesar de que a juicio de los accionantes estos cumplen con los requisitos exigidos en el

Decreto 758 de 1990, por consiguiente, están legitimados para presentar la acción de tutela.

2.2. Legitimación por pasiva

Según lo establecido en los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública o un particular, en los casos determinados por la ley, cuando se les atribuye la vulneración de un derecho fundamental.

La Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones es una autoridad pública organizada como empresa industrial y comercial del Estado, a la cual se le acusa de haber violado los derechos fundamentales al mínimo vital, al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad social de los actores. En esa medida, está legitimada como parte pasiva en la presente acción de tutela.

2.3. Subsidiariedad

La jurisprudencia constitucional ha precisado que la acción de tutela no puede ser utilizada como un medio judicial alternativo, adicional o complementario a los establecidos por la ley para la defensa de los derechos.² En consecuencia, ha decantado algunas reglas, tales como que: (i) la tutela se torna improcedente cuando existen otros medios de defensa judicial idóneos y eficaces y no exista la posibilidad de que se configure un perjuicio irremediable; (ii) procede, de manera transitoria, cuando existen otros medios de defensa judicial idóneos y eficaces, pero se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable y (iii) cabe invocarla de manera definitiva, cuando no existen mecanismos judiciales idóneos ni eficaces que permitan proteger los derechos fundamentales³.

Ahora bien, en torno al derecho a la seguridad social, esta Corporación ha dicho que es de naturaleza fundamental, independiente y autónomo, y por ello susceptible de ser protegido por vía de tutela⁴. De hecho, tratándose de derechos de carácter prestacional y, particularmente, de la pensión de invalidez, se ha determinado que los mecanismos ordinarios carecen de idoneidad y eficacia debido a la carga económica y al prolongado paso del tiempo que implican.⁵

Lo anterior, teniendo en cuenta que la carga propia de un proceso ordinario, supone una imposición adicional a las graves condiciones socioeconómicas de una persona en estado de discapacidad, por ende, declarar improcedente una tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez, por la existencia de otros mecanismos judiciales, resulta desproporcionado⁶. Situación que cobra mayor vigor cuando el acceso a la pensión de invalidez lo solicita quien padece enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas⁷, que con el paso del tiempo impactan de manera inminente la vida.

En el caso del señor Jorge Eliecer Gómez Vargas (T-6.282.693), se encuentra demostrado que tiene 62 años, una pérdida de capacidad laboral del 60.80%, sufre de diabetes insulino dependiente, presenta hipertensión arterial y un alto riesgo cardiovascular. Así mismo, la amputación de su miembro inferior derecho lo imposibilita para realizar actividades laborales, por lo cual actualmente se encuentra desempleado, al igual que su esposa, quien depende económicamente del accionante, y se encuentra adscrito al SISBEN en el nivel 1.

Por otro lado, el señor Jorge Agustín Moreno Manotas (T-6.266.183), de 71 años, con una pérdida de capacidad laboral del 73.2%, sufre de hipertensión esencial (primaria) y una deficiencia renal terminal, que le implica un tratamiento de diálisis y, por tanto, lo incapacita para desempeñar algún trabajo. Esto ha conllevado a que él, su esposa e hija vivan actualmente en casa de una de sus hermanas.

Entonces, la situación que vive cada uno de los accionantes hace evidente que el paso del tiempo no transcurre igual que para cualquier otra persona, para ellos implica un continuo detrimento de su salud y un riesgo para sus vidas. Aunado a ello, carecen de un sustento económico mensual propio. Si bien hasta el momento han podido acudir a la ayuda de terceros, esto no les garantiza estabilidad y se constituye en una inminente amenaza contra su mínimo vital, debido a los costos que se derivan de sus tratamientos de salud. Además, no puede pasarse por alto que del acceso a una fuente económica depende también el ingreso al Sistema de Seguridad Social en Salud, determinante para los accionantes.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se concluye que los accionantes no se encuentran en condiciones para soportar la carga en tiempo y dinero que implica un proceso judicial ordinario, mucho menos si se debate el reconocimiento de la pensión de invalidez. Por ende,

a pesar de la existencia de mecanismos judiciales ordinarios para reclamar tal derecho, en los asuntos que nos ocupan, estos carecen de idoneidad y eficacia. En consecuencia, para la Sala la acción de tutela resulta ser el mecanismo idóneo para estudiar el reconocimiento prestacional deprecado por los actores.

2.4. Inmediatez

De otro lado, en relación con el requisito de inmediatez la jurisprudencia ha considerado que este se cumple en todos los casos frente a las solicitudes pensionales, pues al tratarse de una prestación periódica de carácter imprescriptible, los reclamos relacionados con su reconocimiento guardan constante actualidad y se pueden efectuar en cualquier tiempo. Además, porque atendiendo a su naturaleza de bien jurídico encaminado a la provisión de los medios de vida de las personas en estado de necesidad o fragilidad, 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.⁸

En un sentido similar, el Tribunal Constitucional ha puntualizado que si bien el derecho fundamental a la acción de tutela es predicable de todas las personas (Art. 86 C.P.), en aplicación del artículo 13 superior se debe tener en cuenta que si se trata de sujetos de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, en condición de diversidad funcional, cabeza de familia, en situación de pobreza, etc.) o de individuos que se encuentran en posiciones de debilidad manifiesta, el análisis de procedibilidad formal se flexibiliza ostensiblemente, haciéndose menos exigente en razón de la tutela reforzada predicable de estos colectivos.⁹

Esta consideración resulta de la mayor relevancia en el escenario de la acción de tutela contra decisiones que han negado una garantía pensional, ya que los beneficiarios de este tipo de prestaciones son por regla general personas con determinados grados de vulnerabilidad en razón de su pérdida de capacidad laboral y el deterioro de sus condiciones de salud producto de los quebrantos propios de la tercera edad o de las enfermedades o accidentes sufridos, lo cual les impide realizar actividades económicas que reviertan en la posibilidad de asegurar los medios necesarios para una vida digna. Exigir idénticas cargas procesales a personas que soportan diferencias materiales relevantes, frente a quienes no se

encuentran en estado de vulnerabilidad alguno, puede resultar discriminatorio y comportar una infracción constitucional al acceso a la administración de justicia en igualdad de condiciones.¹⁰

Finalmente, la jurisprudencia ha estimado necesario que el solicitante acredite un grado mínimo de diligencia en la búsqueda administrativa del derecho presuntamente conculcado. Esto es, que haya pedido previamente el reconocimiento de la prestación económica pensional a la entidad accionada.¹¹

Cabe precisar, que para acudir a la acción de tutela para cuestionar una decisión pensional, no es obligatorio finalizar el procedimiento administrativo, pues el artículo 09 del artículo 2591 de 1991 establece que “No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela...”.

Acorde con lo anterior y teniendo en cuenta la edad de los accionantes, 62 y 71 años; la calificación de 60.80 % y 73.2% de pérdida de capacidad laboral, respectivamente. Además, que se encuentran diagnosticados con diabetes insulínica, hipertensión arterial, alto riesgo cardiovascular y la amputación de miembro inferior derecho, en el caso del señor Jorge Eliecer Gómez Vargas y deficiencia renal terminal e hipertensión esencial (primaria) el señor Jorge Agustín Moreno Manotas y, aunado a ello, carecen de 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, lo contrario, resultaría desproporcionado y desatendería la necesidad permanente de acceder a un mínimo vital.

3. Problema jurídico

En atención a la situación fáctica expuesta, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, al debido proceso, a la igualdad y a la seguridad social de los accionantes, al negarles el reconocimiento de la pensión de invalidez, bajo el argumento de que no cumplen con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la

fecha de estructuración, según se exige en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a pesar de que tiene más de 300 semanas cotizadas antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993.

En aras de resolver cada uno de los problemas jurídicos planteados se estudiará (i) el régimen jurídico de la pensión de invalidez; (ii) el principio de la condición más beneficiosa como criterio de interpretación, reiteración de jurisprudencia; (iii) régimen de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la Ley 100 de 1993; y, finalmente, (iv) se abordará el estudio de los casos concretos.

4. Régimen jurídico de la pensión de invalidez

La Constitución Política establece, en su artículo 48, que la Seguridad Social es un derecho irrenunciable y un servicio público que debe prestarse a todas las personas de manera obligatoria, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, siguiendo los principios de solidaridad, eficiencia y universalidad¹². Con sujeción a esta disposición se expidió la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema Integral de Seguridad Social, definido por esa misma disposición como “el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”.

Este régimen se encuentra compuesto por el Sistema General de Pensiones, el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Sistema General de Riesgos Laborales y los servicios sociales complementarios. A través del Sistema General de Pensiones se busca garantizar y proteger la dignidad humana frente a contingencias de enfermedad, vejez y muerte, con lo cual se protege al trabajador y su núcleo familiar en caso de ocasionarse alguna de las citadas eventualidades. Ello, por medio de prestaciones económicas y asistenciales, como la pensión de invalidez, vejez o de sobrevivientes.¹³

Una vez una persona pierda su capacidad laboral y, en consecuencia, no le sea posible continuar cotizando, tiene derecho a solicitar el reconocimiento prestacional, para lo cual deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normatividad vigente. No

obstante, cuando no cumpla con estos requisitos, pero sí acredita el cumplimiento de los determinados en un régimen previo, antes de que fuera derogado, le asiste una expectativa legítima, derecho que debe ser protegido en aplicación de la condición más beneficiosa, conforme se estudiará en el siguiente capítulo.

En virtud de lo antedicho, al analizarse la procedencia del reconocimiento prestacional, es posible aplicar las normas bajo las cuales el afiliado cumplió el requisito, así éstas no se encuentren vigentes. Por consiguiente, se procederá a realizar un sucinto recuento de los requisitos exigidos para acceder a la pensión de invalidez, tanto en la Ley 860 de 2003, actualmente vigente, como en los textos normativos previos, a saber:

El Instituto de Seguros Sociales fue creado a través de la Ley 90 de 1946, con el objeto de cubrir de los riesgos de enfermedad, invalidez, desempleo, vejez, y muerte del asegurado y enfermedad y maternidad de su familia. En el artículo 45 de esta disposición se determinó que en “caso de invalidez el asegurado que haya pagado las cotizaciones previas que el Instituto determine, tendría derecho, mientras dure aquella, a una pensión mensual no inferior a \$15.00. Para los efectos de este seguro, se reputará inválido el afiliado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo y no provocada intencionalmente, haya perdido la capacidad de procurarse, mediante un trabajo proporcionado a sus fuerzas, a su formación profesional y a su ocupación anterior, una remuneración equivalente a un tercio, por lo menos, de la remuneración habitual que en la misma región recibe un trabajador sano, de fuerzas, formación y ocupación análogas”¹⁴.

Posteriormente, el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales expidió el Acuerdo 224 de 1966, aprobado mediante Decreto 3041 de 1966, Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte. ¹⁵ En el artículo 6º de esa disposición se dispuso que para acceder a la mentada

prestación se requeriría (i) ser inválido permanente conforme a lo preceptuado en el artículo 45 de la Ley 90 de 1946 y (ii) tener acreditadas 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la invalidez, 75 de las cuales deben corresponder a los últimos tres años.

Estas preceptivas fueron modificadas por el Decreto Reglamentario 232 de 1984, en cuyo artículo 5º se establecía que para el reconocimiento de la pensión de invalidez se requería, además de la pérdida de capacidad laboral permanente, determinada conforme lo

preceptuado en el artículo 62 del Decreto 433 de 1971¹⁶, que la persona acreditara 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época.

Seguidamente, entró en vigencia el Decreto 758 de 1990, a través del cual se aprobó el Acuerdo Número 049 de 1990¹⁷. En el artículo 4º de esta norma se determinó que se consideraba inválido quien “por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente o cuyo motivo no haya sido la violación injustificada de los Reglamentos de los Seguros Sociales Obligatorios, hubiera perdido su capacidad laboral en los términos establecidos en el artículo 5 del Reglamento”¹⁸. 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 tiempo¹⁹.

Posteriormente, entró en vigencia la Ley 100 de 1993²⁰ “[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 aportadas en el año inmediatamente anterior a fecha en que se produjera el daño.

Diez años después se expidió la Ley 797 de 2003²¹ “[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 procedimiento²², situación que dio lugar a la expedición de la Ley 860 de 2003, actualmente vigente.

A través de la Ley 860 de 2003²³, “[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 años²⁴.

5. El principio de la condición más beneficiosa como criterio de interpretación. Reiteración de jurisprudencia

Según lo determinado en el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo, las normas laborales son de orden público, lo que implica, por un lado, que producen un efecto general inmediato y, por otro, que no son retroactivas y, por consiguiente, no afectan situaciones definidas o consumadas en el marco de una ley anterior. En consecuencia, en materia pensional, la norma aplicable a cada caso es la vigente al momento en que se consuman los supuestos fácticos requeridos para el reconocimiento prestacional. Así, tratándose de la pensión de invalidez la norma aplicable será aquella en vigencia de la cual se determine la fecha de estructuración, momento a partir del cual surge la posibilidad de solicitar el reconocimiento y pago de la prestación²⁵.

Con el propósito de proteger las expectativas legítimas de quienes han cotizado en un determinado régimen pensional, ante la modificación de la norma, el legislador ha establecido, por regla general, regímenes de transición, a fin de evitar que “la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados”²⁶. No obstante, ese proceder se ha omitido respecto de la pensión de invalidez, argumentando la imposibilidad de prever el acaecimiento de los supuestos facticos que dan lugar al reconocimiento prestacional, como es la pérdida de capacidad laboral.

La Corte Constitucional, en procura de evitar el desamparo de las personas declaradas en estado de invalidez, que tengan expectativas legítimas de pensionarse, ha dado aplicación al criterio de interpretación de la condición más beneficiosa. Este criterio, fundamentado en el artículo 53 Superior, exige que ante la duda entre la aplicación de una norma vigente y una derogada, se haga uso de aquella que resulte más garantista para el involucrado.

De acuerdo con lo sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tal principio se aplica: “(i) en el tránsito legislativo, y ante la ausencia de un régimen de transición; (ii) [cuando] se debe cotejar una norma derogada con una vigente, y (iii) [cuando] el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la

nueva ley se le desmejora”²⁷. Presupuestos que concurren en el caso de la pensión de invalidez, debido a que se debe estudiar (i) la procedencia del reconocimiento pensional frente a normas derogadas, cuyo régimen de transición no se ha definido, (ii) se debe cotejar una norma derogada con una norma vigente y, por lo general, (iii) el desarrollo legislativo en materia de pensión de invalidez tiende a ser cada vez más restrictivo.

Así, se busca proteger el principio de confianza legítima y garantizar los derechos de seguridad social que puedan resultar exigibles de acuerdo con situaciones ciertas, por consiguiente, para la aplicación de la condición más beneficiosa es un requisito sine qua non que antes del cambio de legislación, el afiliado haya cumplido con los requisitos de la norma cuya aplicación se pretende, de tal manera que si la contingencia se hubiere presentado antes del cambio normativo, el cotizante hubiera podido acceder a la pensión.

Cabe advertir que entre las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia ha existido una disparidad respecto del margen de acción de la condición más beneficiosa. La Corte Suprema de Justicia ha limitado su aplicación a la norma inmediatamente anterior a la vigente²⁸. Este Tribunal Constitucional, por su parte, ha determinado predominantemente que el principio de la condición más beneficiosa exige tener en cuenta aquella norma en vigencia de la cual se cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, independientemente, primero, de que se trate de la norma inmediatamente anterior o a una que la anteceda con mayor antigüedad y, segundo, de que la estructuración de la invalidez se genere con posterioridad a la derogatoria²⁹.

Atendiendo a esta dicotomía y debido a que el criterio de la condición más beneficiosa responde a un principio constitucional, esta Corporación, en su condición de órgano de cierre en la jurisdicción constitucional, profirió la Sentencia SU-442 de 2016, a fin de unificar los criterios jurisprudenciales expuestos. En este sentido determinó que:

“[U]na vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base

del respeto al precedente constitucional, y (iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. Hasta el momento no se han aportado razones de esta naturaleza, por lo cual la jurisprudencia de esta Corte, encargada de garantizar la integridad y supremacía de la Constitución, se mantiene y es vinculante para todas las autoridades, incluidas las judiciales (CP. Art. 241).”

Bajo estos lineamientos, procedió a estudiar el caso de una persona de 72 años, quien aportó al Sistema de Seguridad Social en Pensiones 653 Semanas, de las cuales 359 fueron cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 50,21%, con fecha de estructuración 17 de octubre de 2013. Colpensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo el argumento de que no tenía 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración exigidas en la Ley 860 de 2003, ni tampoco 26 semanas en el año anterior a la estructuración, requeridas en el texto original de la Ley 100 de 1993. Siguiendo lo antedicho la Corte, en el citado fallo de unificación, determinó que:

Considerandos bajo los cuales dispuso el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, ordenando incluir aquellas mesadas pensionales causadas después de la fecha de estructuración por ser ese el momento en que se causó la invalidez del accionante y adquirió el derecho pensional.

Así, si bien por regla general en materia de pensión de invalidez las normas aplicables son aquellas que se encuentran vigentes cuando se estructure la pérdida de capacidad laboral, presupuesto inicial para su reconocimiento, lo cierto es que no pueden desconocerse las expectativas legítimas de quienes cumplieron los requisitos para acceder a las prestaciones de un régimen antes de que fuera derogado. En estos casos, la Corte ha dado lugar a la aplicación de la condición más beneficiosa, en virtud de la cual, aun en la actualidad, a pesar de que la normatividad vigente es la Ley 860 de 2003, se continúa aplicando el texto original de la Ley 100 de 1993, el Decreto 758 de 1990 e incluso normas más antiguas, como sucede con el Decreto 232 de 1984.

Esta consideración responde a una reiteración jurisprudencial y, por ende, a una regla

uniforme sentada por esta Corporación, por consiguiente, no resulta de recibo que la administradora de pensiones la inaplique. Lo contrario implica el desconocimiento directo del precedente jurisprudencial constitucional, a la vez que la vulneración de los artículos 13 y 48 de la Constitución, los cuales pretenden ser garantizados por medio de la pensión de invalidez, como se anunció en el primer capítulo de esta providencia.

6. Régimen de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la Ley 100 de 1993. Carácter imprescriptible y desistible de la prestación

De conformidad con lo preceptuado en la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que la misma Ley determina, así como procurar la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones³⁰.

En el sistema de pensiones bajo el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que dado su carácter parafiscal, no pueden ser entendidos como dineros pertenecientes a la Nación³¹. Con ese fondo común se garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, y además, la obtención de la pensión de vejez, invalidez, o de sobreviviente, o una indemnización sustitutiva de la pensión para los nuevos afiliados y sus beneficiarios³².

De acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, el derecho a la pensión de vejez se adquiere con el cumplimiento de dos requisitos: (i) Haber cumplido 55 años de edad si es mujer y 60 años de edad si es hombre³³; y, (ii) Haber cotizado un mínimo de 1000 semanas en cualquier tiempo³⁴. Cuando el afiliado cumple con el primer requisito, pero no con el segundo, el legislador estableció la posibilidad de obtener una indemnización sustitutiva, consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993. El mencionado artículo dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 37. INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a

recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado”.

De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, en sede de tutela y en sede de constitucionalidad, la indemnización sustitutiva en el régimen de prima media con prestación definida es “el derecho que le asiste a las personas que no logran acreditar los requisitos para obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez, de vejez y de sobreviviente, para reclamar -en sustitución de dicha pensión- una indemnización equivalente a las sumas cotizadas debidamente actualizadas”³⁵. Se caracteriza por ser un derecho imprescriptible³⁶, suplementario³⁷, irrenunciable³⁸ y facultativo³⁹.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido pacífica en destacar la imprescriptibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión y, con base en este atributo, en numerosas ocasiones ha tutelado los derechos a la seguridad social y al mínimo vital⁴⁰.

En general, el carácter imprescriptible de las indemnizaciones sustitutivas de las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes deriva de principio de la imprescriptibilidad de los derechos pensionales consagrado en los artículos 46 y 48. En tanto estas prestaciones “[...] buscan sustituir la pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, cuando no se cumplen los requisitos para que sea reconocida cualquiera de ellas, es claro *mutatis mutandis* que puede equipararse a un derecho pensional, razón por la cual el parámetro de imprescriptibilidad para este tipo de derechos, fijado por la jurisprudencia constitucional, debe aplicarse en este ámbito, es decir, que su exigibilidad puede hacerse en cualquier tiempo, sujetándose únicamente a normas de prescripción, una vez ha sido efectuado su reconocimiento por parte de la autoridad correspondiente.”⁴¹ Así, la irrenunciabilidad e imprescriptibilidad que se divulga del derecho a la pensión también debe predicarse del derecho a reclamar la indemnización sustitutiva o devolución de saldos⁴².

En particular, en la Sentencia T- 155 de 2011⁴³ la Corte señaló que se vulnera el derecho fundamental a la seguridad social cuando la entidad niega el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, alegando que, de acuerdo el artículo 50 del Decreto 758 de 1990, el término para cobrar esta prestación prescribe en un año. Para llegar a esta

conclusión, la Sentencia señaló que el término de prescripción del artículo señalado es predicable únicamente de las mesadas pensionales no reclamadas y deducido del contenido de las prestaciones. Ahora, dado que esta indemnización hace las veces de la pensión con que cuenta quien no alcanzó a cotizar lo suficiente y, en esa medida, la situación de desprotección es mayor en quien recibe la indemnización sustitutiva que en quien recibe la pensión de vejez, dar aplicación al artículo 50 del Decreto 758 de 1990 para negar el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, viola los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad con sujeción a los cuales el Estado tiene la obligación de prestar el servicio público de la seguridad social.

La indemnización sustitutiva ha sido considerada por la jurisprudencia de esta Corte como una “especie de ahorro”⁴⁴, una “acreencia a favor de los trabajadores”⁴⁵ o “compensación”⁴⁶ en cuya virtud se restituye el capital aportado de acuerdo con las fórmulas designadas en la ley y en los reglamentos correspondientes⁴⁷. Así, dado que la indemnización sustitutiva constituye un capital que pertenece a los trabajadores por los aportes efectuados durante un periodo de su vida laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión por no cumplir con todos los requisitos que exige la Ley, es posible que el beneficiario al que le ha sido reconocida, desista de la misma, sin perder la posibilidad de continuar cotizando al sistema de seguridad social con el propósito de mejorar su derecho a la pensión, así como mantenerse bajo la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte.

Pero además de la razón derivada de que los aportes pertenecen al trabajador, la indemnización sustitutiva es desistible, por su carácter facultativo y por la regla jurisprudencial que señala que el reconocimiento y pago de estas prestaciones económicas no excluyen la posibilidad de que el afiliado siga cotizando al sistema y solicite el reconocimiento de la pensión respectiva, en cuyo caso serán compensadas las mesadas con el valor correspondiente a la indemnización sustitutiva concedida.

El carácter facultativo de la indemnización sustitutiva fue objeto de análisis por parte de la Corte mediante la Sentencia C-375 de 2004, por medio del cual se declaró exequible el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido que no vulnera el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto el precepto establece una posibilidad facultativa -no impuesta- para los afiliados de recibir la indemnización sustitutiva o de continuar cotizando al sistema de pensiones por el tiempo faltante. En ese sentido, el

derecho que adquiere el trabajador en dichos términos, es una prerrogativa o un derecho facultativo, dado que tiene la opción de utilizarla y reclamar sus ahorros, o seguir cotizando hasta alcanzar el monto o semanas que le hagan falta, para obtener así su pensión de jubilación.

Por su parte, en las Sentencias T-606 de 201448 y T-002 A de 201749, las Salas de revisión fijaron la subregla jurisprudencial consistente en que el reconocimiento de una indemnización sustitutiva de vejez o invalidez no impide que el beneficiario reclame el derecho a la pensión, siempre y cuando el valor de esta última se compense con las mesadas pensionales. Así, el artículo 6 del Decreto 1730 de 200150 que señala taxativamente que “[...] las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez”, ha sido interpretado por la Corte en el sentido de que “[...] no significa que a una persona que ya se le reconoció el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, no pueda volvérselo a examinar el derecho a una pensión, que cubra de manera más amplia las contingencias de la discapacidad. “[...] la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorgó con apego a las normas legales y a la Constitución.”

Por otro lado, la jurisprudencia constitucional ha fijado algunos criterios sobre el reconocimiento, liquidación y pago la liquidación de la indemnización sustitutiva, dejando claro que para estos efectos, serán tenidas en cuenta los derechos, garantías, prerrogativas, servicios y beneficios adquiridos conforme a disposiciones normativas anteriores a la Ley 100 de 1993.

7. Casos concretos

En este aparte se hará primero un pronunciamiento particular respecto de las circunstancias de cada caso, luego se realizarán algunas consideraciones comunes a ambos asuntos y, posteriormente, se esbozarán las órdenes que se emitirán.

7.1 Jorge Eliécer Gómez Vargas – Expediente T-6.282.693

(i) El accionante tiene 62 años, se encuentra diagnosticado con diabetes

insulinodependiente, hipertensión arterial y alto riesgo cardiovascular, enfermedades que, unidas a la amputación de su miembro inferior derecho, han deteriorado considerablemente su salud y le impiden desempeñar actividades laborales.

(ii) Según informó el accionante, su sustento económico deriva de diligencias que realiza para otras personas, a las que se refiere como “mandados” y del apoyo esporádico de su hijo, a pesar de lo cual debe velar por la subsistencia económica suya y de su esposa. Se encuentra adscrito al SISBEN en el nivel 1 y, según lo expuesto, no cuenta con bienes muebles, ni inmuebles.

(iii) La Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social, lo calificó mediante dictamen del 20 de junio de 2012, con pérdida de capacidad laboral de 60.80%, fecha de estructuración, 12 de diciembre de 2011, teniendo en cuenta el diagnóstico de diabetes insulinodependiente y amputación de miembro inferior derecho.

(iv) El accionante cotizó 350.42 semanas en el sector privado, entre el 15 de enero de 1973 y el 31 de marzo de 1994, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según el reporte enviado por Colpensiones, actualizado a 19 de septiembre de 2017.⁵³ El mismo documento da cuenta de un total de 539.69 semanas cotizadas, hasta el 1º de abril de 2008.

(v) El 7 de febrero de 2013, el accionante solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez ante la entidad accionada, pretensión despachada desfavorablemente, mediante la Resolución GNR249721, del 7 de octubre de 2013, bajo el argumento de que no cumplía con los requisitos exigidos para el efecto en la Ley 860 de 2003.

(vi) Conforme se estudió en la parte considerativa de esta providencia, una vez una persona pierde su capacidad laboral y, en consecuencia, se estructura su invalidez en un porcentaje superior al 50%, tiene derecho a solicitar el reconocimiento prestacional, para lo cual deberá acreditar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la normatividad vigente al momento en que se estructuró la invalidez.

En el presente caso, la estructuración de invalidez se determinó por la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social el 12 de diciembre de 2011⁵⁴, de ahí que, en principio, la Ley 860 de 2003, vigente para entonces, sería la aplicable. Esta exige al afiliado haber cotizado

50 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración. Sin embargo, según la historia laboral del accionante, no cotizó en ese periodo, por consiguiente, como lo señaló Colpensiones, no cumpliría con los requisitos dispuestos para acceder a la prestación pretendida.

(vii) No obstante, debe tenerse en cuenta que cuando una persona ha alcanzado a cumplir los requisitos exigidos en un régimen pensional antes de que fuera derogado, le asiste una expectativa legítima, la cual no puede desconocerse. La Corte Constitucional ha protegido ese derecho en aplicación de la condición más beneficiosa, principio y criterio de interpretación que exige resolver la duda entre la aplicación de una norma vigente y una derogada, en favor de aquella que resulte más beneficiosa.

El accionante comenzó a cotizar al Sistema de Seguridad Social en 1973, bajo lo dispuesto por el Decreto 3041 de 1966, modificado por el Decreto Reglamentario 232 de 1984 y en vigencia del Decreto 758 de 1990, que requería acreditar, por un lado, la condición de invalidez permanente y, por otro, 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha de estructuración o 300 semanas de cotización en cualquier época, consolidó el total de semanas para acceder a la pensión de invalidez. Para puntualizar, el actor, se encuentra calificado con 60.80% de pérdida de capacidad laboral y padece de una enfermedad degenerativa, aunada a la amputación de su miembro inferior derecho, en consecuencia, cumple con el primer requisito dispuesto por el Decreto 758. Respecto al segundo, según el último reporte de semanas cotizadas, enviado por Colpensiones el 19 de septiembre de 2017, cotizó 350.42 semanas al Sistema de Seguridad Social, en el periodo comprendido entre el 15 de enero de 1973 y el 31 de marzo de 1994, esto es, en vigencia de la norma en comento, como arriba se señaló. Entonces, al accionante le asiste una expectativa legítima de pensionarse, la cual no puede desconocerse.

7.2 Jorge Agustín Moreno Manotas- Expediente T-6.266.183

(i) El accionante tiene 71 años, se encuentra diagnosticado con hipertensión esencial (primaria) e insuficiencia renal terminal, por lo que se somete a hemodiálisis 3 veces por semana, en consecuencia, su elevada edad y su situación de salud lo incapacitan para trabajar.

(ii) No tiene ingresos propios y, sin embargo, es padre cabeza de familia a cargo de su

esposa e hija, motivo por el cual, se encuentra viviendo en la casa de su hermana, a quien ha tenido que acudir en vista de su precaria situación económica.

(iii) Colpensiones lo calificó, el 15 de mayo de 2015, con pérdida de capacidad laboral del 73.2%, fecha de estructuración del 1º de enero de 2009. Teniendo en cuenta el diagnóstico de insuficiencia renal terminal e hipertensión esencial (primaria).

(iv) El accionante acredita 660.14 semanas cotizadas, entre el 1º. de mayo de 1969 y el 2 de febrero de 1992, con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, según el reporte enviado por Colpensiones. Sin cotizaciones posteriores a la última fecha señalada.

(v) El 26 de noviembre de 2015, el accionante solicitó a la accionada el reconocimiento de la pensión de invalidez. No obstante, a través de Resolución GNR 23109 del 22 de enero de 2016, su pretensión fue negada, arguyendo que no cumplía con ninguno de los requisitos previstos en la Ley 860 de 2003 para acceder a la prestación, ni tampoco con los establecidos en la Ley 100 de 1993, de acogerse la condición más beneficiosa.

(vi) No obstante, mediante Resolución GNR 340060 del 16 de noviembre de 2016 le fue reconocida y se ordenó el pago de una indemnización sustitutiva de pensión de vejez⁵⁵.

Ahora bien, el accionante comenzó a cotizar al Sistema de Seguridad Social en 1969, bajo lo dispuesto por el Decreto 3041 de 1966, modificado por el Decreto Reglamentario 232 de 1984 y en vigencia del Decreto 758 de 1990, que requería acreditar, por un lado, la condición de invalidez permanente y, por otro, 150 semanas de cotización dentro de los 6 años anteriores a la fecha de estructuración o 300 semanas de cotización en cualquier época, consolidó el total de semanas para acceder a la pensión de invalidez. Bajo este último marco normativo el actor se encuentra calificado con 73.2% de pérdida de capacidad laboral y padece de una enfermedad degenerativa, por ende, cumple con el primer requisito; respecto al segundo, según la historia laboral, cotizó 660.14 semanas en el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 1969 y el 2 de febrero de 1992, esto es, en vigencia de la citada normatividad. Así pues, al accionante le asiste una expectativa legítima de pensionarse, la cual no puede desconocerse, dado que la Corte Constitucional la ha protegido en aplicación de la condición más beneficiosa, principio y criterio de interpretación que exige resolver la duda entre la aplicación de una norma vigente y una derogada, en favor de aquella que resulte más beneficiosa, tal como ya se explicó.

Por otra parte, al accionante le fue reconocida una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que por la cantidad de semanas cotizadas que tenía y la proximidad de la edad de retiro forzoso, le resultaba imposible cumplir con los requisitos legales para ser beneficiario de la pensión de vejez, habida cuenta que para el momento del reconocimiento de la prestación económica periódica el actor contaba con 70 años y nuestro sistema consagra como edad de retiro forzoso los 75. Por ende, no hubiese podido acreditar la densidad de semanas requeridas en la Ley 797 de 2003, toda vez que exige 1.350, para la época en que el accionante solicitó la pensión de vejez, luego le hacían falta aproximadamente 690 semanas, que en tiempos laborales equivalen a cerca de 14 años.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el sistema pensional debe optar por la materialización de una prestación económica periódica, pues de esa manera se garantiza con mayor solidez que el afiliado solvente sus necesidades básicas y se evita la transgresión al mínimo vital. Por lo tanto, en el estudio del caso se debe procurar realizar un análisis integral de la situación fáctica del afiliado, de cara a los distintos requerimientos que la ley prevé para que le sea reconocida una pensión y, sólo en caso de que no se enmarque en ninguno, proceder a la devolución de los aportes o al reconocimiento de la indemnización sustitutiva.

7.3 Conclusiones

(i) Desconocer el derecho de los accionantes de acceder a la pensión de invalidez resulta injustificable, pues cuentan con 539.69 (Jorge Eliecer Gómez Vargas, T-6.282.693) y 660.14 (Jorge Agustín Moreno Manotas, T-6.266.183) semanas cotizadas al Sistema de Seguridad Social, respectivamente, número de cotizaciones cuyo desconocimiento infundado implicaría un enriquecimiento sin justa causa para el sistema. Este, contrario de imponerles cargas a los actores, debería asistirlos, en virtud del principio de solidaridad en retribución a las cotizaciones realizadas de tal forma que se les garantice una vida digna.

(ii) Aunado a ello, resulta desproporcionado que una persona tenga derecho a acceder a la pensión de invalidez tan solo teniendo en cuenta las 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, como lo exige la ley vigente, desconociendo el reconocimiento prestacional de los actores, quienes tienen un número muy elevado de

cotizaciones. Ello no solo implicaría aceptar la ineficacia del Sistema sino también del derecho a la igualdad material exigida por el Estado Social de Derecho.

(iii) En el mismo sentido, se advierte que el reconocimiento pensional de los actores no implica una carga desproporcionada al sistema, pues se sujeta a un derecho que éstos adquirieron con ocasión a sus aportes al sistema y al cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a la pensión de invalidez en el régimen en el que iniciaron sus aportes.

(iv) Igualmente, la totalidad de semanas cotizadas permite entender que los accionantes no realizaron sus aportes al sistema con el mero objetivo de alcanzar el cumplimiento de los requisitos exigidos para acceder a una prestación mensual, por ende, no puede predicarse su mala fe, la cual, eventualmente, habría justificado negar el acceso a la prestación.

(v) Además, cabe precisar que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que no solo la norma pensional vigente (Ley 860 de 2003) o la inmediatamente anterior (Ley 100 de 1993), sino incluso la antecedente a esta última (Decreto 758 de 1990), puede aplicarse a una solicitud de pensión de invalidez, en la medida en que la persona haya cumplido con la densidad de semanas de cotización previstas en esta última norma antes de expirar su periodo de vigencia, como sucede en los casos que se analizan.⁵⁶

(vi) Finalmente, la jurisprudencia protege a quienes habiendo cumplido la edad para obtener una pensión no cotizaron el mínimo de semanas exigidas y declararon su imposibilidad de continuar haciéndolo, otorgándoles la opción de acceder a una indemnización, lo que no significa que, en caso de establecer que puede ser acreedor de una prestación mejor, como lo es la pensión propiamente, no pueda acceder a la misma,⁵⁷ como en el caso del señor José Agustín Moreno Manotas.

7.4 Órdenes

7.4.1. Expediente T-6.282.693

(i) Se procederá a tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor Jorge Eliecer Gómez Vargas y, en consecuencia, se revocará la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, el 9 de mayo de 2017, a través de la cual se confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Once Administrativo Oral

de Medellín, el 17 de marzo de 2017, que a su vez negó el amparo de estos derechos fundamentales.

(ii) Por consiguiente, se ordenará a Colpensiones que, si aún no lo ha hecho, en un término no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez del accionante, a partir del 12 de diciembre de 2011, fecha de estructuración de la invalidez, sin perjuicio de la prescripción establecida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo. En todo caso, la pensión deberá comenzarse a pagar en un lapso no mayor a treinta (30) días hábiles, después de la notificación de la presente sentencia.

Lo anterior, dejando a salvo las acciones que Colpensiones pudiera adelantar para solicitar al Departamento de Antioquia la expedición del correspondiente bono pensional, si a ello hubiere lugar, como quiera que reposa en el expediente constancia de esa entidad territorial, del 19 de diciembre de 2014, en donde se precisa que el accionante ostentó la calidad de servidor público entre el 14 de marzo de 1978 y el 15 de marzo de 1981 (fls. 26 y 27).⁵⁸ Teniendo en cuenta que en ningún momento se podrá causar detrimento alguno en perjuicio del reconocimiento pensional del señor Gómez Vargas.

7.4.2. Expediente T-6.266.183

(i) Se procederá a tutelar los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor Jorge Agustín Moreno Manotas y, en consecuencia, se revocará la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil Familia, el 6 de abril de 2017, a través de la cual se confirmó la sentencia dictada por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, el 20 de febrero de 2017, que a su vez negó el amparo de estos derechos fundamentales.

(ii) Por consiguiente, se ordenará a Colpensiones que, si aún no lo ha hecho, en un término no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez del accionante, a partir del 1 de enero de 2009, fecha de estructuración de la invalidez, sin perjuicio de la prescripción establecida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo. En todo caso, la pensión deberá comenzarse a pagar en un lapso no mayor a treinta (30) días hábiles, después de la notificación de este fallo.

(iii) Finalmente, se ordenará que los valores cancelados al accionante por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez le sean descontados de la mesada pensional de manera gradual, proporcional a su capacidad de pago y sin que se afecte su derecho al mínimo vital.

V. DECISIÓN

RESUELVE

PRIMERO.- TUTELAR, dentro del expediente T-6.282.693, los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor Jorge Eliecer Gómez Vargas y, en consecuencia, REVOCAR la Sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala Tercera de Oralidad, el 9 de mayo de 2017, a través de la cual se confirmó el fallo del Juzgado Once Administrativo Oral de Medellín, dictado el 17 de marzo de 2017, a través de la cual se negó el amparo de estos derechos fundamentales.

SEGUNDO.- ORDENAR a Colpensiones que, si aún no lo ha hecho, en un término no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta Sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Jorge Eliecer Gómez Vargas, a partir del 12 de diciembre de 2011, fecha de estructuración de la invalidez, sin perjuicio de la prescripción establecida en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo. En todo caso, la pensión deberá comenzarse a pagar en un lapso no mayor a treinta (30) días hábiles, siguientes a la notificación del presente fallo.

TERCERO.- TUTELAR, dentro del expediente T-6.266.183, los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor Jorge Agustín Moreno Manotas y, en consecuencia, REVOCAR la Sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, Sala Civil Familia, el 6 de abril de 2017, a través del cual se confirmó la Sentencia dictada por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla, el 20 de febrero de 2017, a través de la cual se negó el amparo de estos derechos fundamentales.

CUARTO.- ORDENAR a Colpensiones que, si aún no lo ha hecho, en un término no mayor de diez (10) días hábiles, contados a partir de la notificación de esta sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez al señor Jorge Agustín Moreno Manotas, a partir del 1 de enero de 2009, fecha de estructuración de la invalidez, sin perjuicio de la prescripción establecida

en el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo. En todo caso, la pensión deberá comenzarse a pagar en un lapso no mayor a treinta (30) días hábiles, siguientes a la notificación de ésta sentencia.

QUINTO.- ORDENAR a Colpensiones que los valores cancelados al señor Jorge Agustín Moreno Manotas, por concepto de indemnización sustitutiva de pensión de vejez, le sean descontados de la mesada pensional de manera gradual, proporcional a su capacidad de pago y sin que se afecte su mínimo vital.

SEXTO.- LÍBRENSE por la Secretaría General de esta Corporación, en cada uno de los procesos, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIAN

Secretaria General Ad-Hoc

1 En este sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, por 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.”

2 Al respecto, revisar entre otras, las sentencias SU-544 de 2001, T-391 de 2013, T-627 de 2013, T-502 de 2015 y T-575 de 2015.

3 Sentencia T-308 de 2016.

4 Sentencia T-194 de 2016: “el derecho a la seguridad social en pensiones reviste el carácter de fundamental, independiente y autónomo, susceptible de ser protegido por vía de acción de tutela en los eventos en los cuales se compruebe la existencia de un perjuicio irremediable o la falta de idoneidad del medio judicial ordinario. En efecto, esta Corte ha precisado que el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez es susceptible de protección por vía de tutela al tratarse de un derecho fundamental propiamente dicho.”

5 En este sentido, la Corte Constitucional por medio de la Sentencia T-376 de 2011, reiterada en la Sentencia T-716 de 2015, precisó que: “[L]a jurisprudencia constitucional ha manifestado que el proceso ordinario laboral, debido a su duración y a los costos económicos que implica, no resulta idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas que, como el actor, han sido calificadas como inválidas y a quienes les ha sido negada su pensión de invalidez, ya que sus condiciones y la ausencia de la prestación referida implican, de entrada, una afectación a la salud y al mínimo vital del peticionario”.

6 Sentencia T-671 de 2011, reiterada en la Sentencia T-022 de 2013: “De conformidad con lo expuesto es posible sostener que sólo cuando la persona que solicita la pensión de invalidez está inmersa en una de las categorías que han sido consideradas por esta Corporación como de especial protección y se compruebe que no cuenta con los medios económicos para asumir y aguardar los resultados del proceso ordinario sin compromiso de sus derechos fundamentales y los de su familia, es procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo, pues los mecanismos legales ordinarios en estos casos, debido a su duración y a los costos económicos que implican, no resultan idóneos y eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas que han sido calificadas como inválidas y a quienes les ha sido negada su pensión de invalidez”.

7 Sentencia T-308 de 2016: la Corte precisó que “el proceso ordinario laboral no es un mecanismo eficaz para resolver controversias de personas que padecen alguna enfermedad crónica, degenerativa o congénita, calificadas con pérdida de capacidad para laborar de más del 50%, y con evidente afectación de su mínimo vital”.

8 Esta 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.

9 Sentencias T-142 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), T-042 de 2013, T-1093 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-259 de 2012 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

10 Ídem.

11 Sentencia T-721 de 2012 y T-142 de 2013 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), entre otras.

12 Sentencia T-1040 de 2008.

13 Sentencia T-208 de 2014.

14 T-249 de 2016.

15 Entrada en vigencia 14 de enero de 1967.

16 “En caso de invalidez de origen no profesional, el asegurado que haya pagado las cotizaciones previas que el Instituto determine, tiene derecho, mientras dura aquella, a una pensión mensual no inferior a la pensión mínima que establece el artículo 55. Para los efectos del seguro de invalidez de origen no profesional, se reputará inválido al asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo y no provocada intencionalmente, haya perdido la capacidad para procurarse, mediante un trabajo proporcionado a sus fuerzas, a su formación profesional y a su ocupación anterior, una

remuneración equivalente a la mitad, por lo menos, de la remuneración habitual que en la misma región recibe un trabajador sano, de fuerzas, formación y ocupación análogas.”

17 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.”

18 Decreto 758 de 1990. “Artículo 5o. Clases de invalidez. 1. Se tendrán como inválidos para efectos del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte:

a) Invalido Permanente Total. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido el 50% o más de su capacidad laborativa para desempeñar el oficio o profesión para el cual está capacitado y que constituye su actividad habitual y permanente. La cuantía básica de esta pensión será del 45 % del salario mensual de base;

b) Invalido Permanente Absoluto. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido su capacidad laboral para realizar cualquier clase de trabajo remunerado.

La cuantía básica de esta pensión será del 51% del salario mensual de base;

c) GRAN INVALIDEZ. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido su capacidad laboral en grado tal que necesite de la asistencia constante de otra persona para movilizarse, conducirse o efectuar los actos esenciales de la existencia.

La cuantía básica de esta pensión será del 57 % del salario mensual de base.

2. No se considera inválida por riesgo común, la persona que solamente pierde su capacidad laboral en un porcentaje inferior al cincuenta por ciento (50%) o cuya invalidez es congénita.”

19 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.”

20 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.”

21 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:

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”.

22 Sentencia C-1056 de 2003.

23 “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.

Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.”(Subrayado fuera del texto).

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.

24 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.

25 SU-442 de 2016.

26 C-428 de 2009, citada en la Sentencia T-137 de 2016.

27 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia 40662 del 15 de febrero de 2011, citada en la Sentencia T-681 de 2015.

28 Si bien, por excepción, esta Corporación sostuvo a través de Sentencia 24280 del 5 de julio de 2005, reiterada en la Sentencia 30528 del 5 de febrero de 2008, que la condición

más beneficiosas exige aplicar aquella norma en vigencia de la cual se cumplen los requisitos, esta es una posición aislada que no ha tenido incidencia en los lineamientos jurisprudenciales posteriores de esa Corporación.

29 Este lineamiento, fue sentado por la Sentencia T-1058 de 2010, en la cual se ordenó la aplicación del Decreto 758 de 1990, a pesar de que al momento de estructurarse la invalidez se encontraba vigente la Ley 860 de 2003, y reiterado por las diferentes salas de revisión.

30 Artículo 10 de la Ley 100 de 1993.

31 Sentencia C-378 de 1998.

32 Artículo 31 de la Ley 100 de 1993.

33 A partir del 1° de enero de 2014, la edad se incrementará a 57 años si se es mujer y 62 años si se es hombre.

34 A partir del 1° de enero de 2005 el número de semanas se incrementó el 50 y, a partir del 1° de enero de 2006 se presenta un incremento anual de 25 semanas, hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

35 Texto original de la sentencia C-624 de 2003, reiterado en las sentencias T-750 de 2006 y T-972 de 2006.

36 Ver: Sentencia T-746 de 2004 y T-972 de 2006. En esta última, la Corte estudió el caso de una persona de la tercera edad, quien laboró en el Incora entre el 25 de septiembre de 1967 y el 30 de septiembre de 1976, y posteriormente en el Instituto Colombiano de Hidrología, Meteorología y Adecuación de Tierras (HIMAT), hasta el 24 de junio de 1981. Posteriormente, y dado que no le fue posible hallar una nueva ocupación laboral, el actor y su familia entraron en una grave crisis económica que los llevó a la indigencia, por lo que en el año 2003 solicitó a Cajanal que se le reconociera y pagara la indemnización sustitutiva; sin embargo, Cajanal denegó la prestación económica señalando que no cumplía con los requisitos para acceder a la misma. La Corte tuteló los derechos del accionante y ordenó adelantar el trámite pertinente para que la indemnización fuera reconocida y pagado. La Corte indicó que la indemnización sustitutiva es de naturaleza imprescriptible porque se puede reclamar en cualquier momento, siempre que el interesado haya cumplido la edad

para pensionarse pero no haya cotizado al Sistema de Seguridad Social en pensiones por un tiempo igual o superior al mínimo requerido para la obtención de la pensión de vejez.

37 Sentencia C-624 de 2003

38 Sentencia T-1046 de 2007

39 El estudio de constitucional de esta norma fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C-375 de 2004, en la cual se declaró exequible el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, bajo el entendido que no vulnera el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto el precepto establece una posibilidad facultativa no obligatoria para los afiliados de recibir la indemnización sustitutiva o de continuar cotizando al sistema de pensiones por el tiempo faltante.

40 Ver, por ejemplo: Sentencias T-099 de 2008, T-972 de 2006, T-099 de 2008, T-529 de 2009, T-597 de 2009 y T-849A de 2009.

41 T-546 de 2008

42 En esta Sentencia, el problema jurídico planteado es el siguiente: ¿el Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos a la seguridad social, al mínimo vital, y a la protección de las personas de la tercera edad, al omitir el reconocimiento de 269 semanas de cotización a la actora, en el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, mediante resolución N° 020733 de 19 de mayo de 2008, y al aplicar el fenómeno de la prescripción al pago de dicha prestación, con base en el artículo 50 del Decreto 758 de 1990?

45 En la T-750 de 2006. MP. Clara Inés Vargas Hernández. la Corte afirmó que por esta vía se reconoce una auténtica acreencia que le permite al cotizante “recuperar los aportes efectuados durante el período laboral, ante la imposibilidad de obtener la pensión”.

46 T-981 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

47 En el caso de la indemnización sustitutiva es preciso remitirse a lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001, mientras que en la hipótesis de la devolución de saldos es menester acudir a lo dispuesto en el artículo 66 de la ley 100 de 1993.

48 M.P. María Victoria Calle Correa. En esta providencia, la Corte debió resolver el siguiente problema jurídico: ¿se vulneran los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de un afiliado a un fondo de pensiones (Orlando Castro Rojas), cuando se le niega el reconocimiento de la pensión de invalidez argumentando que no cotizó al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y que ya le fue reconocida una indemnización sustitutiva, a pesar de que en el dictamen tomado como referencia se estableció el momento en que perdió el 58.8% de capacidad laboral, pero no el 50% exigido por la normativa vigente?

49 M. P. Jorge Iván Palacio Palacio. En esta providencia, la Corte se planteó la resolución del siguiente problema jurídico: ¿ establecer si se vulneran los derechos fundamentales de una persona que se encuentran en situación de debilidad manifiesta, con la negativa del fondo de pensiones a reconocerle la pensión de invalidez bajo el argumento de no cumplir con los requisitos exigidos por la ley vigente al momento de la estructuración de la invalidez y haber recibió con anterioridad una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.?

50 “Por el cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida”.

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

52 En este sentido la sentencia T-937 de 2013 indicó: “puesto que es plausible que entre ambas prestaciones ocurra la compensación, en casos en los cuales se haya pagado una indemnización sustitutiva por error y posteriormente se demuestre que el afiliado si tenía derecho a la pensión, siempre que se trate de prestaciones de igual naturaleza u origen (vejez-vejez o invalidez-invalidez).”

53 Ver folio 125 del cuaderno común.

54 SU-442 de 2016.

55 La Ley 100 de 1993 establece en su artículo 37, la indemnización sustitutiva como prestación económica para aquellos que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando. Consiste entonces en una compensación en dinero por cada semana

cotizada al Sistema de Seguridad Social, garantizando con ello, el derecho a la seguridad social, la cual se reconoce incluso a aquellos que “realizaron aportes con anterioridad a la entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social.”

56 Sentencia SU-442 de 16.

57 Sentencia T-002A-2017, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

58 Documento que el accionante en la demanda de tutela pretendía se le tuviera en cuenta para sumar las 300 semanas de cotización requeridas por el Decreto 758 de 1990, para acceder a la pensión de invalidez, pues de acuerdo con el reporte de Colpensiones del 6 de marzo de 2017 (fls. 19 a 22), únicamente llegaban a 232.29; pero que en posterior reporte del 19 de septiembre de 2017 (fl. 125 cuaderno común), alcanzan a ser 350.42, datos con base en los cuales se accederá al reconocimiento solicitado.