

Sentencia T-886/13

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

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional por estado de indefensión o debilidad manifiesta aun cuando exista otro medio de defensa judicial

Esta Corporación ha establecido que la acción de tutela es procedente para el reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando en el caso concreto, entre otros factores, está probada la afectación al mínimo vital y a la vida digna; los beneficiarios son sujetos de especial protección constitucional y la negativa a su reconocimiento contradijo preceptos legales y constitucionales. De este modo, la ineficacia del medio ordinario de defensa resulta cuando en cabeza de la accionante confluyen una serie de circunstancias que le permite al juez concluir que el medio ordinario de defensa para ese caso en particular no resulta eficaz. Así, cuando se refiere al reconocimiento de la pensión de invalidez, se parte del supuesto de que la persona que lo solicita tiene una incapacidad mayor al 50%, lo que prima facie permite presumir que no puede trabajar y por ende que no posee un medio de subsistencia, de lo que se deduce la posible afectación a su mínimo vital. Además, su condición de discapacidad lo convierte en un sujeto de especial protección constitucional (artículo 47), lo que implica un trato preferente en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra.

ACCION DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ A ENFERMO DE VIH/SIDA-Procedencia por ser el mecanismo idóneo para la defensa de los derechos fundamentales del accionante y para lograr el reconocimiento de la prestación pensional

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

ACCION DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES-Procedencia por cuanto resulta desproporcionado exigir agotar recurso extraordinario de casación en proceso laboral, a la

accionante quien carece de recursos económicos

PENSION DE INVALIDEZ Y PENSION DE SOBREVIVIENTES COMO MANIFIESTACION DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL

La seguridad social es un derecho fundamental e irrenunciable. Su carácter fundamental y su exigencia a través de la acción de tutela, se concreta una vez se han adoptado las medidas de orden legislativo y reglamentario y se satisfacen los requisitos que en éstas se disponen para su configuración. La finalidad de la seguridad social es crear un mecanismo para proteger las contingencias, que en materia de pensiones están relacionadas con la vejez, las circunstancias sobrevenidas como la invalidez o el fallecimiento del asegurado o pensionado, supliendo dichos sucesos con prestaciones económicas y asistenciales en seguridad social (pensión y salud) que buscan la satisfacción de las necesidades básicas de los afectados. Para el reconocimiento tanto de la pensión de invalidez como de sobreviviente, se exige el requisito común de haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez para el primer caso o al fallecimiento del asegurado para el segundo supuesto. Esa misma normatividad había previsto el requisito adicional de fidelidad al sistema, el cual fue declarado inconstitucional por esta Corporación en sentencias C- 428 y C-566 de 2009, respectivamente.

PENSION DE INVALIDEZ-Se deben contabilizar semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez para cumplir con el requisito de las 50 semanas

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

Esta Corporación ha concluido que para definir la fecha de la estructuración de la invalidez, es necesario determinar con especial cuidado la incapacidad permanente y definitiva del sujeto evaluado, en especial cuando se parte del diagnóstico de enfermedades catalogadas como degenerativas, congénitas o crónicas, por cuanto si bien pueden ser calificados con un porcentaje mayor al 50% en una fecha que podría ser la del diagnóstico de la enfermedad, lo que haría presumir a su vez la incapacidad laboral, la misma naturaleza de dichas enfermedades, que implican un deterioro paulatino en la salud, necesariamente no conllevan a que el afectado deje de laborar. En este sentido, cuando con posterioridad a la

fecha de la estructuración de la invalidez la persona dictaminada con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% sigue laborando, esta Corte ha concluido que es preciso tener en cuenta dichas cotizaciones que se asumen producidas en ejercicio de una capacidad laboral residual, hasta cuando la persona de manera absoluta no esté en condiciones de continuar trabajando. Lo anterior, se sustenta en que es posible que con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez, la persona conserve, en efecto, una capacidad laboral residual que, sin que se advierta ánimo de defraudar al sistema, le haya permitido seguir trabajando y cotizando al sistema hasta que en forma definitiva no le sea posible hacerlo. Conforme a esta regla, esta Corporación ha avalado las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez prevista en el dictamen, partiendo del supuesto de que el asegurado tuvo capacidad laboral y, en ese sentido, pudo realizar cotizaciones al sistema, pues el ejercicio de una actividad productiva, debe garantizar el derecho a la seguridad social.

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Inaplicación del requisito de 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración por cuanto el accionante, a pesar de la enfermedad padecida, continuó cotizando al sistema

PENSION DE INVALIDEZ Y REQUISITO DE FIDELIDAD-Caso en que la estructuración de la invalidez fue anterior a la declaratoria de inexequibilidad de la norma

REQUISITO DE FIDELIDAD AL SISTEMA PARA PENSION DE INVALIDEZ Y SOBREVIVIENTES-Declaratoria de inexequibilidad y efectos del fallo C-428/09

PENSION DE SOBREVIVIENTES Y REQUISITO DE FIDELIDAD-Subreglas en casos de reconocimiento

PENSION DE INVALIDEZ Y MORA EN EL PAGO DE LOS APORTES POR PARTE DEL EMPLEADOR-Afiliado o beneficiario no debe soportar la mora en el traslado de los aportes al sistema ni la inacción de Colpensiones o las administradoras de fondos de pensiones en el cobro

Referencia: expedientes Acumulados T- 3.974.993, T- 3.983.906, T-3.984.021, T-3.985.384, T- 3.986.393, T- 3.991.396.

Acción de tutela presentada por Luis Adolfo Gamba Díaz contra el Fondo de Pensiones y

Cesantías Protección S.A.; Ferney Quintero Guerrero contra Colfondos S.A.; Beatriz Ramona Ávila en nombre propio y en representación de su hija contra la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y la Sala Tercera Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Barranquilla; Ricardo Pahuana Navarro contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones; Dalia Rosa Ruiz Peñalosa contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla y Yenith Amparo Gómez contra Colfondos S.A.

Magistrado Ponente:

Luis Guillermo Guerrero Pérez

Bogotá, D.C., tres (3) de diciembre de dos mil trece (2013).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos de tutela proferidos por

Expediente número

Primera Instancia

Segunda Instancia

T-3.974.993

Juzgado Cuarto Penal Municipal con Funciones de Conocimiento Cartago, Valle del Cauca.

Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago, Valle del Cauca

T-3.983.906

Juzgado Veintiocho Penal Municipal con Funciones de Control de

Garantías de Medellín

Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Medellín

T-3.984.021

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

T- 3.985.384

Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento

de Barranquilla

Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla

T-3.986.393

T-3.991.396

Juzgado Tercero Penal Municipal de Pitalito, Huila.

Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito, Huila.

Para efectos de conservar en esta sentencia la continuidad en la exposición de cada uno de los expedientes señalados, luego de presentar los antecedentes de cada acción de tutela se hará referencia a las sentencias de instancia que son objeto de revisión en este fallo judicial.

T- 3.974.993

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Luis Adolfo Gamba Díaz presentó acción de tutela contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso, salud, vida digna, mínimo vital y móvil y seguridad social, por cuanto le negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la que aduce tener derecho.

Señala el accionante que le fue dictaminado pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje del 54.05 con fecha de estructuración del 8 de agosto de 2006 y atribuido a un accidente de tránsito.

Afirma que solicitada la pensión de invalidez, la entidad accionada negó su reconocimiento, porque no contaba con el requisito de fidelidad al sistema y ordenó a su favor la devolución de saldos. Decisión frente a la cual, según señaló, presentó recurso de reposición y apelación, los cuales confirmaron la medida de no acceder a dicha pensión.

Alega que las anteriores decisiones vulneran los derechos fundamentales mencionados y desconocen lo decidido en sentencia de constitucionalidad C- 428 de 2009 mediante la cual se declaró inexecutable el requisito que le exige la entidad demandada.

Indica el demandante que está ante un perjuicio irremediable, por cuanto no tiene los medios propios para subsistir y depende de una hermana que se desempeña como impulsadora en un supermercado a quien también le corresponde suplir las necesidades mínimas de sus padres.

2. Solicitud de tutela

Por lo expuesto, el accionante solicita el amparo de sus derechos fundamentales y que, en consecuencia, se ordene el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde el 13 de febrero de 2005 fecha en la cual ocurrió el accidente del que se derivó su incapacidad.

3. Intervención de la parte accionada

El 8 de abril de 2013, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Conocimiento de Cartago, Valle del Cauca, admitió a trámite esta acción de tutela y dispuso notificar de la misma al accionante y al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

El representante legal de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección

S.A. alega que no vulneró derecho fundamental alguno al accionante y, por ende, solicita que no prospere la acción de tutela. No obstante lo anterior, indica que de prosperar la acción, el amparo decretado sea transitorio en virtud del artículo 8° del Decreto 2591 de 1991.

Manifiesta la entidad demandada que el accionante se afilió el 12 de abril de 2004 al Sistema General de Pensiones y que fue calificado el 14 de agosto de 2006 con un 54.05% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración el 8 de agosto de 2006.

Señala que el peticionario no cumplió con el requisito de fidelidad de cotización al sistema general previsto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 para acceder a la pensión solicitada, el cual estaba vigente para la fecha de la estructuración de la invalidez y que fue luego de dicha fecha que la sentencia C- 428 de 2009 declaró inexecutable el mencionado artículo.

Agrega que el tutelante dejó transcurrir el término razonable para interponer la acción de tutela, pues su situación fue definida desde el 2006, que no se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable y que los medios ordinarios de defensa son eficaces.

4. Pruebas aportadas al proceso

4.1 Copia del registro civil de nacimiento y cédula de ciudadanía de Luis Adolfo Gama Díaz en la que consta como fecha de nacimiento el 22 de agosto de 1979 (fl. 20 y 21 cdno. instancia).

4.3 Copia de la comunicación del 12 de octubre de 2006, en la que la entidad accionada informó al demandante que de acuerdo con el dictamen de pérdida de capacidad laboral y el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, “y teniendo en cuenta que es mayor de 20 años, usted debe tener una fidelidad al sistema de 72.83 y en su historia laboral presenta un total de 60.71 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, en los últimos tres años cuenta con 60.71 semanas cotizadas, no cumpliendo así con los requisitos relacionados en el párrafo anterior. (...). En consecuencia se le reconoce el derecho a la devolución de saldos de la cuenta individual. El valor de la devolución corresponde a (...)” (fl. 32-33 cdno.

instancia).

4.4 Copia de la respuesta de la entidad demandada al recurso de reposición presentado contra la anterior decisión por el accionante. En dicho documento de fecha de 6 de diciembre de 2012, le informan que el recurso fue resuelto el 7 de marzo de 2007; que el 16 de abril de 2007 se procedió con el desembolso de los saldos, previa aceptación del accionante, y que, se reitera, no es posible acceder a la solicitud de pensión por cuanto no cumple con el presupuesto de fidelidad de la cotización (fl. 34-35 cdno. instancia).

4.5 Copia de la respuesta de la entidad demandada al recurso de apelación. En dicho documento, de fecha 7 de diciembre de 2012, se le comunica al demandante que la solicitud de pensión de invalidez se analizó con base en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 norma vigente para la fecha de la estructuración de la invalidez-8 de agosto de 2006-, y se determinó que al no cumplir con el requisito de fidelidad al sistema general de pensiones, que equivalía a 72.83 semanas y el accionante sólo tenía 60.471 semanas, se confirma la decisión recurrida (fl.36-38 cdno. instancia).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

El 19 de abril de 2013, el Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Conocimiento de Cartago, Valle del Cauca, resolvió declarar improcedente la acción de tutela. Aduce que sobre la controversia acerca del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez operó el fenómeno de la cosa juzgada, pues el 26 de diciembre de 2012 profirió fallo de primera instancia, confirmado por el Juzgado Tercero Penal del Circuito, con identidad de hechos y sujetos. Empero no se está ante una actuación temeraria, por cuanto no es posible concluir la mala fe del accionante, al ser este de procedencia campesina.

La anterior decisión fue impugnada por el demandante. Señaló que la nueva vulneración se configuró el 7 de diciembre de 2012 fecha en la que la entidad demandada comunicó la respuesta al recurso de apelación presentado contra la resolución que negó su derecho a la pensión por invalidez.

El 14 de mayo de 2013, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago, Valle del Cauca, resolvió confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto al accionante ya le comunicaron que su pretensión no puede ser acogida por no cumplir con el requisito de

fidelidad y porque cuenta con otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral.

T- 3.983.906

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

Ferney Quintero Guerrero, presentó acción de tutela contra Colfondos S.A. por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la igualdad y a la seguridad social, por cuanto dicha entidad le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, en razón a que no cumplía con el requisito de las 50 semanas de cotización antes de la estructuración de la invalidez previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Señala el accionante que el 23 de mayo de 2000, ingresó al sistema de seguridad social pensiones mediante afiliación al fondo de pensiones del BBVA Horizonte en donde cotizó un total de 76 semanas; y que el 8 de agosto de 2003 se trasladó a Colfondos S.A. en donde cuenta con 193 semanas cotizadas y continua cotizando.

Afirma el demandante que el 30 de agosto de 2011 le fue notificado el diagnostico de VIH/SIDA y el 2 de noviembre de 2011 se le dictamina cáncer (Sarcoma de Kaposi). Con ocasión de lo anterior, el 20 de diciembre de 2012 es calificado con una pérdida de capacidad laboral del 60.95% con fecha de estructuración del 2 de noviembre de 2011 con ocasión de una enfermedad de origen común.

Indica que la entidad accionada negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, porque no cumple con el requisito de las 50 semanas previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 860 de 2003, a pesar de que en virtud del principio de favorabilidad, contabilizó las semanas cotizadas dos años atrás y uno delante de la fecha estructuración de la invalidez.

Asegura el demandante que podría acceder a la pensión de invalidez si la entidad accionada aplica el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, esto es, en el que se impone como requisito para acceder a dicha pensión haber cotizado 26 semanas en el año anterior a la fecha de la estructuración de la invalidez, partiendo del supuesto de que su

ingreso al sistema de seguridad social se dio en vigencia de dicha normatividad.

Manifiesta que está desempleado, que vive en estrato dos y que de él dependen sus padres que son personas de la tercera edad.

2. Solicitud de tutela

En razón a lo expuesto, el accionante solicita que sean amparados sus derechos y que se ordene a la entidad accionada aplicar a su favor, dadas sus condiciones especiales de enfermedad y en razón a que ingresó al sistema de seguridad social en el año 2000, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

3. Intervención de la parte accionada

El 9 de abril de 2013 el Juzgado Vigésimo Octavo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, admitió a trámite esta acción de tutela y de esta decisión se notificó al accionante, al Fondo de Pensiones Colfondos S.A. y al Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte.

3.1 BBVA Horizonte solicitó ser desvinculado de la presente acción de tutela, en razón a que no ha vulnerado ningún derecho fundamental. Manifestó que el accionante actualmente no está afiliado a este fondo y que Colfondos S.A. cuenta con los aportes que fueron cotizados cuando estuvo vinculado.

Manifiesta que el accionante no cumple con el requisito de cotizar 50 semanas dentro de los tres últimos años contados a partir de la fecha de la estructuración de la invalidez, como lo indica el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, a pesar de que se tuvo en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Agrega que el juez constitucional no puede invocar la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003, y aplicar el artículo original, por cuanto así se dispuso en sentencia de tutela T- 785 de 2009, tras considerar que esta norma modificada fue declarada constitucional mediante sentencia con efecto erga omnes (C- 428-09).

Indica que la acción de tutela no es procedente para el reconocimiento de una pensión de manera definitiva, pues aquella pretende la protección de derechos fundamentales y no la

definición de controversias legales.

4. Pruebas aportadas al proceso

4.1 Copia del registro civil de nacimiento y de la cédula de ciudadanía de Ferney Quintero Guerrero en la que consta como fecha de nacimiento 15 de abril de 1981 (fl. 9-10 cdno. instancia).

4.2 Copia de la constancia del 5 de abril de 2013 proferida por BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías en la que se indica que Ferney Quintero Guerrero se encuentra afiliado a pensiones obligatorias “a partir del 23 de mayo de 2000” (fl. 12 cdno. instancia).

4.3 Copia del extracto de pensiones obligatorias cotizadas por Ferney Quintero Guerrero en el BBVA Horizonte en el que se indica que cotizó un total de 76 semanas que corresponden a los períodos 200006, 200101, 200102, 200103, 200111, 200112, 200202-200211 (fl. 13-14 cdno. instancia).

4.4 Copia de la constancia del 8 de abril de 2013 proferida por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías en el que indica que Ferney Quintero Guerrero se encuentra afiliado a pensiones obligatorias desde el 8 de agosto de 2003 (fl. 15 cdno. instancia).

4.5 Copia de la notificación del dictamen sobre el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y copia del dictamen para la calificación del dictamen de pérdida de capacidad del 20 de diciembre de 2012, en el que consta respecto del accionante una calificación de 60.95% con fecha de estructuración del 2 de noviembre de 2011 y atribuida a una enfermedad de origen común (fl. 22-24 cdno. instancia).

4.6 Copia de la comunicación enviada el 18 de marzo de 2013 al accionante por parte de Colfondos, en el que le informan que de acuerdo con el artículo 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, reformado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, “se procedió a verificar si usted cumple con el requisito de las cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, desde el 02 de noviembre de 2009 hasta el día 02 de noviembre de 2012. El estudio demostró que en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez usted NO cumple con el requisito de haber cotizado 50 semanas al Sistema General de Pensiones, ya que durante el lapso comprendido entre el

día 02 de noviembre 2009 y el día 02 de noviembre de 2012, usted sólo cotizó 41 semanas (292 días) al Sistema General de Pensiones, razón por la cual no cumple con el requisito de cobertura exigido por la Ley 860 de 2003 (...)” (fl. 25-27 cdno. instancia).

4.7 Copia del registro civil y cédula de ciudadanía de los padres del accionante Israel Quintero Largo (fl. 28-29 cdno. instancia) y de María Nelly Guerrero de Quintero (fl. 30-31 cdno. instancia), en donde consta que el primero nació el 1 de enero de 1938 y la segunda el 12 de diciembre de 1940.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

El 24 de abril de 2013, el Juzgado Veintiocho Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín resolvió negar por improcedente la solicitud de amparo.

Consideró que es imposible no exigirle al accionante el cumplimiento de las 50 semanas de cotización antes de la estructuración de la invalidez y aplicar la norma original de la Ley 100 de 1993, por cuanto esta última norma sólo se ha usado en los casos en que exista cercanía entre la fecha de la estructuración de la invalidez y el cambio de legislación, circunstancia que no acontece en este caso. Agregó que, si bien el peticionario padece de VIH-SIDA, afectando su salud hasta el punto de que imposibilitarlo para trabajar y de él dependen sus padres, el accionante se encuentra haciendo aportes al Sistema General de Seguridad Social, ya que ha cotizado a salud de manera intermitente.

El demandante impugnó la anterior decisión. Sostuvo que las cotizaciones a la seguridad social en salud las ha hecho en virtud del dinero adquirido con la liquidación de su trabajo y en razón a que dicho servicio es mejor que el del régimen subsidiado para el tratamiento de su enfermedad. Agregó que entre el 2-11-2008 y el 2-10-2011 cotizó un aproximado de 25.42 semanas y que entre el 2-11-2011 y el 2-11-2012 un aproximado de 27.50 semanas. Reiteró que en virtud del principio de favorabilidad se le debe aplicar la normatividad anterior para tener derecho a la pensión de invalidez.

El Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Medellín confirmó la sentencia de primera instancia. Estimó que el accionante no cumple con el requisito establecido para obtener el derecho a la pensión; que entre la fecha del cambio normativo y la estructuración de la invalidez transcurrieron casi 8 años y que en la jurisdicción ordinaria laboral puede definir

las controversias acerca del reconocimiento y pago de acreencias pensionales, donde se tendrá tiempo para debatir las pruebas y decidir lo que en derecho corresponda.

T-3.984.021

1. Hechos

Beatriz Ramona Ávila Corracado, actuando en nombre propio y de su hija Ornella del Carmen García Ávila, presentó acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales- ISS, hoy Colpensiones, y la Sala Tercera de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al mínimo vital, a la vida, a la seguridad social y a la primacía de los derechos de la niñez.

Manifiesta la accionante que el 19 de diciembre de 2003 murió su esposo y padre de su hija, Jaime Enrique García Peñaranda, por causa atribuida a una enfermedad de origen común. En razón a lo anterior, la accionante solicitó ante el ISS el reconocimiento de la pensión de sobreviviente, el cual le fue negado mediante Resolución N°. 4094 del 26 de agosto de 2004, bajo la consideración de que la persona fallecida no satisfacía los requisitos previstos en el literal a) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, por cuanto no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema. Afirma la demandante que contra la anterior decisión presentó recurso de reposición y apelación, los cuales fueron resueltos confirmando la decisión impugnada (Resolución N°. 3048 del 3 de mayo de 2005 y Resolución N°. 0639 del 24 de mayo de 2005). Presentada nuevamente la solicitud de reconocimiento de pensión de sobreviviente la misma fue negada mediante Resolución N°. 15287 del 28 de julio de 2008.

Alega la demandante que promovido proceso ordinario laboral, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla resolvió condenar al ISS a reconocer y pagar a la accionante la pensión de sobreviviente. Informa que impugnada esta decisión por la entidad demandada, la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla resolvió revocar la decisión del juez de primera instancia e imponer el pago de agencias en derecho a la demandante.

Señala la demandante que la decisión del Tribunal accionado vulnera sus derechos

fundamentales, por cuanto mediante sentencia C- 566 de 2009, la Corte Constitucional declaró inexecutable los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, eliminando el requisito de la fidelidad, del que se vale las entidades accionadas para negar su derecho a la pensión de sobreviviente. Sostiene al respecto que, si bien la declaratoria de inconstitucionalidad ocurrió el 20 de agosto de 2009, esto es, luego de fallecido su esposo, sus consecuencias le son aplicables tal como se hizo en la sentencia de tutela T- 534 de 2010 de la misma Corporación.

Afirma la accionante que es madre cabeza de familia, que no puede dedicarse a ninguna actividad productiva y que satisface sus necesidades básicas y las de su hija por la buena voluntad y solidaridad de sus familiares y amigos.

2. Solicitud de tutela

En razón a lo expuesto, la demandante solicita que se amparen los derechos fundamentales mencionados y, en consecuencia, que se anule la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla y en su defecto se ordene a Colpensiones “reconocer, otorgar y ordenar el pago de pensión de sobreviviente desde el 19 de diciembre de 2003 a Beatriz (...) y a mi entonces hija menor Ornella del Carmen; en todo caso, cuando cumpla la mayoría de edad el 100% de la pensión sea a mi favor; se me paguen los gastos funerarios (...); que se reconozcan las mesadas ordinarias y adicionales causadas desde diciembre de 2004 (...); que se concedan los intereses moratorios; (...) que se ordene a la accionada el pago de costas y agencias en derecho (...)”.

3. Intervención de la parte accionada

No obstante la referida notificación, las autoridades mencionadas guardaron silencio.

4. Pruebas aportadas al proceso

4.1 Copia del registro civil de nacimiento de Ornella del Carmen García Ávila en el que consta que es hija de Beatriz Ramona Ávila Corracado y Jaime Enrique García Peñaranda y como fecha de nacimiento el 7 de abril de 1988 (fl. 51 cdno. demanda tutela).

4.2 Copia del registro civil de matrimonio entre Beatriz Ramona Ávila Corracado y Jaime Enrique García Peñaranda celebrado el 21 de marzo de 1971 (fl. 52 cdno. demanda tutela).

4.3 Copia del registro civil de defunción de Jaime Enrique García Peñaranda en el que consta que falleció el 19 de diciembre de 2003 (fl. 53 cdno. demanda tutela) y de la cédula de ciudadanía (fl. 55 cdno. demanda tutela).

4.4 Copia de la cédula de ciudadanía de Beatriz Ramona Ávila Corracado en el que consta como fecha de nacimiento el 5 de febrero de 1951 (fl. 54 cdno. demanda tutela).

4.5 Copia de la Resolución N°. 004094 del 26 de agosto de 2004 “por la cual se resuelve una solicitud de Prestaciones Económicas en el Sistema General de Pensiones- Régimen Solidario de Prima Media con prestación definida” proferida por el ISS en la que se resolvió negar la pensión de sobreviviente y conceder la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del afiliado Jaime Enrique García Peñaranda al beneficiario Beatriz Ávila por monto de 629.821 y a Onella García Ávila por monto de 629.821.

Con base en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el literal b) del numeral 2 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, se consideró que el asegurado cotizó “revisado el reporte de semanas, expedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del Instituto de Seguros Sociales, se establece que el (a) asegurado (a) cotizó a este Instituto 101 semanas en los 3 años anteriores al momento del fallecimiento, y que acreditó 7.80% de fidelidad de cotización al Sistema de Pensiones al haber cotizado 163 semanas entre el 28 de noviembre de 1963, fecha en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la muerte; así mismo acredita un total de 163 semanas cotizadas en toda su vida laboral. Que según lo expuesto, hasta el momento la única prestación a la que hay lugar es a la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente prevista en el artículo 49 de la Ley 100, en concordancia con el artículo 36 de la misma Ley, razón por la cual se procederá a reconocerla a las personas que acreditan su calidad de beneficiarios” (fl. 59-60 cdno. demanda tutela).

4.6 Copia de la Resolución N°. 3048 del 3 de mayo de 2005 “por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición en el Sistema General de Pensiones Régimen de Prima Media con Prestación Definida” proferida por el ISS, en la que se resolvió confirmar la

Resolución N°. 4094 de agosto 26 de 2004.

Se consideró que la pensión de sobreviviente se estructura conforme con las normas vigentes para la fecha en que falleció el asegurado, criterio corroborado por la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- en sentencia de julio 29 de 2003, y que para el 19 de diciembre de 2003, fecha en la que murió el asegurado, la Ley 797 de 2003 se encontraba vigente y que si bien cotizó 90 semanas en los tres años anteriores al fallecimiento, no acredita la fidelidad al sistema del 20% que equivale a 416 semanas cotizadas, de lo cual se infiere que el asegurado no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes (fl.61-63 cdno. demanda tutela).

4.7 Copia de la Resolución N°. 015287 del 28 de julio de 2008 “por medio de la cual se resuelve una petición en el Sistema General de pensiones Régimen de Prima Media con Prestación Definida” proferida por el ISS, en la que se resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución N°. 4094 de agosto 26 de 2004 que negó la pensión de sobreviviente a la señora Beatriz Ramona Ávila en condición de cónyuge y a la menor Ornella del Carmen García en condición de hija con ocasión del fallecimiento del asegurado Jaime Enrique García Peñaranda. En dicha resolución se reiteraron las razones de la providencia impugnada (fl. 64-66 cdno. demanda tutela).

4.8 Copia del acta de audiencia de juzgamiento, proferida el 27 de mayo de 2011 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, en la que se resolvió declarar no probada las excepciones propuestas por la entidad demandada y en consecuencia condenar a la demandada Instituto de Seguros Sociales a “reconocer y pagar a la señora Beatriz Ramona Ávila Corrado pensión de sobreviviente a que tiene derecho en calidad de cónyuge supérstite del afiliado fallecido Jaime Enrique García Peñaranda, a partir del 19 de diciembre de 2003, en cuantía que no podrá ser inferior al salario mínimo legal, con sus respectivas mesadas adicionales e incrementos anuales y debidamente indexada (...)”.

Consideró el juez de instancia que el requisito de fidelidad contenido en los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 556 de 2009, por cuanto era regresivo, afectaba el núcleo esencial del derecho social y no era una medida constitucional ni justificable. Con base en ello, y al estar reconocido que Jaime Enrique Peñaranda acredita 90 semanas de cotización en los

tres (3) años anteriores a su fallecimiento, se concluye que dejó causado su derecho a la pensión de sobreviviente.

4.9 Copia del acta de audiencia de juzgamiento emitida el 23 de abril de 2012 por la Sala Tercera de Descongestión del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio del cual se resolvió revocar la sentencia del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla y condenar a Beatriz Ramona Ávila Corracado a cancelar las agencias en derecho por valor de \$566.700.00 y las costas de ambas instancias.

Estimó el Tribunal, basándose en una sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que los hechos deben dirimirse conforme a las leyes preexistentes al momento en que ocurran y que la ley aplicable en el caso de la pensión de sobreviviente es la vigente al momento del fallecimiento del asegurado y que, como en este caso falleció el 19 de diciembre de 2003, la norma aplicable es la Ley 797 de 2003. Agregó que la sentencia que declaró inexecutable dicha norma rige hacia el futuro, pues no se estableció expresamente los efectos retroactivos, por lo que no afecta situaciones consolidadas durante la vigencia de la disposición, por lo que el juez de primera instancia no podía inaplicar una norma por inconstitucional desde una fecha anterior a la establecida por el órgano que realmente tiene ese control. Concluyó que si bien el causante cumplía con el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento, no reunía el requisito de fidelidad al sistema que se encontraba vigente en ese momento, o por lo menos no se logró demostrar en el plenario.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

El 8 de mayo de 2013, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió negar la protección solicitada. Consideró que la acción de tutela no está llamada a reemplazar los procedimientos ordinarios y que la demandante en el proceso ordinario laboral tuvo la posibilidad de presentar recurso de casación. Agregó que la demanda de tutela se presentó después de transcurrir un año de haberse proferido la sentencia por el Tribunal accionado, lo que constituye una franca violación al principio de inmediatez.

La parte demandante impugnó la anterior sentencia. Alegó que en virtud del artículo 53 de la Constitución Política debe primar la realidad sobre lo formal y lo sustantivo sobre lo adjetivo, y en este sentido se debe reconocer que tiene el derecho a la pensión solicitada.

Dijo que el constituyente no fijó términos perentorios para la presentación de la acción de tutela y que la cuantía de las pretensiones a la fecha de la sentencia de segunda instancia era de 108 salarios mínimos legales mensuales vigentes y que la cuantía para acceder a casación es de 120 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El 20 de junio de 2013, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió confirmar el fallo recurrido y, en ese sentido, reiteró que la acción de tutela es improcedente, por cuanto la demandante no interpuso recurso de casación en contra de la decisión que hoy se censura y agregó que la tutela contraviene el principio de la inmediatez, pues hasta el 19 de abril de 2013 se viene a atacar una decisión del 23 de abril de 2012.

T-3.985.384

1. Hechos

Ricardo Pahuana Navarro presentó acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, vida digna, igualdad, petición, seguridad social, salud y debido proceso, por cuanto le negó el reconocimiento de su pensión de invalidez al no cumplir con el requisito de las 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez.

Manifiesta el demandante que fue diagnosticado “con una enfermedad conocida como tumor de células gigantes en rodilla derecha (cáncer de huesos)” y fue calificado con una pérdida de la capacidad laboral de 56.66%. Afirmó que solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, el mismo fue negado por no tener las semanas a la fecha que ellos consideran se estructuró la invalidez, cuando el examen en que se basaron -gamagrafía ósea- se efectúa por lo menos cada dos años o de por vida para determinar su estado.

Afirmó que las juntas de calificación no pueden estructurar la invalidez desde el primer síntoma, sin tener en cuenta que existen enfermedades que empeoran con el transcurso del tiempo por lo que la persona pudo trabajar y cotizar al sistema, y por ende, señala que para el momento de la fecha de la estructuración de la invalidez él seguía laborando.

Indica el accionante que ante la entidad demandada presentó derecho de petición, en el que solicita las razones en que se sustenta la negativa en el reconocimiento de su derecho a la pensión de invalidez y del cual no ha obtenido respuesta alguna.

Asegura que se encuentra ante una amenaza inminente a sus derechos a la vida y a la salud, pues a pesar de que sigue haciendo aportes a la seguridad social, no cuenta con los recursos para seguir efectuándolos, por lo que quedaría desprotegido en la atención a la salud y en los tratamientos que se requieran para el manejo de su enfermedad y en los medios para proveer la satisfacción de sus necesidades básicas y la de su hijo.

Agrega de Colpensiones no le ha pagado las incapacidades mayores a 180 días y que desde el mes de diciembre de 2012 no le aparecen registrados sus aportes.

2. Solicitud de tutela

Por lo expuesto, el accionante solicita que sean tutelados los derechos fundamentales aludidos y, en consecuencia, que la entidad accionada reconozca la pensión de invalidez y se le cancele desde el primer mes que radicó su solicitud hasta la fecha. Adicionalmente pretende que se le cancele las incapacidades mayores a 180 días.

3. Intervención de la parte accionada

El 15 de marzo de 2013, el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla admitió a trámite esta acción de tutela y de esta decisión se notificó al accionante, al Jefe del Instituto de los Seguros Sociales en Liquidación y al Gerente de Colpensiones.

No obstante la referida notificación, las autoridades mencionadas guardaron silencio.

4. Pruebas aportadas al proceso

4.1 Copia de la notificación del dictamen sobre el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y copia del dictamen sobre pérdida de la capacidad laboral del 27 de julio de 2012 en el que consta respecto del accionante una calificación de 56.66% con fecha de estructuración del 19 de noviembre de 2010 y atribuida a una enfermedad de origen común (fl. 15-16 cdno. primera instancia).

4.2 Copia de la notificación y de la Resolución N°. GNR 002697 del 10 de noviembre de 2012 proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones en la que se resuelve negar el reconocimiento de la pensión de invalidez, por cuanto el asegurado no acredita el requisito de las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y sus tiempos laborados son posteriores a la fecha de la estructuración, por lo que son inválidos para estudiar la prestación solicitada (fl. 17-18 cdno. primera instancia).

4.3 Copia de fórmulas médicas (fl. 19-22, 35-53 cdno. primera instancia).

4.4 Copia del derecho de petición presentado el 3 de diciembre de 2012 por el accionante ante Colpensiones, en el que solicita “se me reconozca la pensión de invalidez (...)” y “se me pague las incapacidades mayores a 180 días a las que tengo derecho por ley las cuales no han sido canceladas por ustedes”.

4.5 Copia del certificado de incapacidad o licencia proferido por la EPS Coomeva, en el que consta que “la incapacidad acumuló 180 días, debe remitirse a la Administradora de Fondo de Pensiones del Afiliado” (fl. 54-55 cdno. primera instancia).

4.6 Copia del reporte de semanas cotizadas a pensiones a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, por parte de Ricardo Pahuana Navarro, afiliado desde el 22 de marzo de 2012 y en la que hasta 31 de diciembre de 2012 consta un total de 38.57 (fl. 56-57 cdno. primera instancia).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

El 5 de abril de 2013, el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla resolvió tutelar el derecho de petición del accionante y ordenó a la entidad demandada pronunciarse de fondo sobre la solicitud del 3 de diciembre de 2012.

Impugnada por el accionante la anterior decisión, en razón a que el juez de instancia no se pronunció respecto de todas las pretensiones formuladas en la demanda de tutela, relacionadas con el reconocimiento de la pensión de invalidez y el pago de las incapacidades, el 9 de mayo de 2013, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla resolvió revocar el fallo impugnado y no tutelar los derechos fundamentales de

petición y mínimo vital.

Consideró que el accionante no tiene semanas cotizadas al sistema, anteriores a la fecha de su estructuración. Agregó que la petición a la entidad accionada de informar las razones por las cuales se negó la prestación personal, es superflua, por cuanto en la Resolución N°. GNR 002697 Colpensiones detalladamente las expuso, de allí que no se conmine a la accionada a repetir lo que ya explicó.

T- 3.986.393

1. Hechos

Dalia Rosa Ruiz Peñaloza presentó acción de tutela contra la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y a la dignidad humana.

Señala la accionante que en el dictamen médico laboral realizado el 16 de marzo de 2009, se le determinó una disminución de su capacidad laboral del 76.44% con fecha de estructuración el 20 de diciembre de 2007 y con origen en una enfermedad común.

Menciona que el Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento a la pensión de invalidez, “al aplicar de manera estricta el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 sin sustraer la parte declarada inexecutable (...) por medido de la sentencia C-428 de 2009”.

Manifiesta la demandante que presentada la demanda ordinaria contra el Instituto de Seguros Sociales, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por origen común, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla resolvió condenar el ISS a reconocer y pagar la pensión de invalidez de conformidad con el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990 y a partir de la fecha de estructuración de la invalidez. Impugnada esta decisión por el ISS, la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla resolvió revocarla y condenar en costas a la demandante.

Afirma la accionante que la sentencia proferida por el Tribunal demandando dentro del proceso laboral incurrió en defectos sustantivo, fáctico y procedimental, al considerar que no cumple con el requisito de fidelidad, cuando éste requisito atenta contra el principio de

progresividad de la norma y fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C- 428 de 2009. Asegura que si bien la estructuración de la invalidez fue anterior a la declaratoria de inexecutable de la disposición, dicha declaración “lo único que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y (...) se limitó a reafirmar el carácter irregular de una disposición que desde antes estaba en contra de la Constitución, tanto así que la misma había sido, en no pocas ocasiones, inaplicada”. Asegura que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un principio acogió dicho argumento, pero la posición cambió debido a la nueva composición de la Sala.

Aduce la accionante que es una persona de la tercera edad, desprovista de prestaciones económicas y con un gran deterioro de salud, debido a su avanzada edad.

2. Solicitud de tutela

En razón a lo expuesto, la accionante solicita que sean amparados sus derechos fundamentales y que en consecuencia se deje sin efectos la sentencia proferida el 31 de mayo de 2012 por el Tribunal accionado y se mantenga en firme la sentencia del 14 de junio de 2011 emanada del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla dentro del proceso ordinario no. 08001310500220100068800; y se ordene a esta última autoridad judicial seguir adelante con la ejecución de la sentencia.

3. Intervención de la parte accionada

El 11 de marzo de 2013, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia admitió a trámite esta acción de tutela y, de tal decisión se notificó a la accionante, a los Magistrados de la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, a Colpensiones, al Instituto de los Seguros Sociales en Liquidación y al Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla. No obstante la referida notificación, las autoridades mencionadas guardaron silencio.

4. Pruebas aportadas al proceso

4.1 Copia de la Resolución N°. 024441 del 26 de noviembre de 2009 proferida por el

Instituto de Seguros Sociales “por medio de la cual se resuelve una solicitud el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones-Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida” en la que se resuelve negar la pensión de invalidez de la señora Dalia Rosa Ruiz Peñalosa.

Se consideró, partiendo de los artículo 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que la peticionaria presenta una pérdida de la capacidad laboral del 76.44% estructurada a partir del 20 de diciembre de 2007; que cotizó 224 semanas hasta dicha fecha, de las cuales 102 fueron en los últimos 3 años por lo que cumple con el primer requisito, sin embargo no cumple con el presupuesto de fidelidad al sistema, pues debía acreditar 483 semanas y sólo acredita 224 (fl. 25-26 cdno. primera instancia).

4.2 Copia de la Resolución N°. 5943 del 19 de abril de 2010 proferida por el Instituto de Seguros Sociales “por medio de la cual se resuelve el recurso de reposición en el Sistema General de Pensiones Régimen de Prima Media con Prestación Definida”, en la que se resuelve confirmar la Resolución N°. 002441 del 26 de noviembre de 2009. Se reiteraron las consideraciones de la resolución objeto del recurso (fl. 38-40 cdno. primera instancia).

4.3 Copia de la Resolución N°. 2081 del 28 de julio de 2010 proferida por el Instituto de Seguros Sociales “por medio de la cual se resuelve el recurso de apelación en el Sistema General de Pensiones Régimen de Prima Media con Prestación Definida”, en la que se resuelve confirmar la Resolución N°. 002441 del 26 de noviembre de 2009.

Se reiteraron las consideraciones de la resolución apelada y se agregó que si bien la sentencia C-428 de 2009 declaró inexecutable el requisito de la fidelidad al sistema, en concordancia con el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, las sentencias de la Corte Constitucional tienen efecto hacia el futuro y por ende no le es exigible para la pensión de invalidez este requisito si se estructura con posterioridad al 1 de julio de 2009 (fl. 33-37 cdno. primera instancia).

4.4 Copia del informe de semanas cotizadas en pensiones por Dalia Rosa Ruiz Peñaloza desde enero 1967 a enero de 2010 en el que consta 287.00 total de semanas cotizadas (fl. 41 cdno. primera instancia).

4.5 Copia de la cédula de ciudadanía de Dalia Rosa Ruiz Peñaloza en la que consta el 17 de noviembre de 1942 como fecha de nacimiento (fl. 42 cdno. primera instancia).

4.6 Copia de la notificación del dictamen sobre el porcentaje de pérdida de capacidad laboral y copia del dictamen de calificación de pérdida de capacidad de fecha 16 de marzo de 2009 en el que consta una calificación de 76.44% de origen enfermedad común y con fecha de estructuración del 20 de diciembre de 2007 (fl. 64-65 cdno. primera instancia).

4.7 Copia de la audiencia de juzgamiento presidida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla el 14 de junio de 2011 dentro del proceso ordinario laboral adelantado por Dalia Rosa Ruiz Peñaloza contra el Instituto de Seguros Sociales, bajo el radicado no. 2010-00234 en el que se resolvió condenar a la entidad demandada a reconocer y pagarle a la accionante la pensión de invalidez de conformidad con el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, 20 de diciembre de 2007.

Consideró el juzgado que a la accionante la cubre el régimen de transición, ya que para el 1° de abril de 1994 tenía 51 años de edad; que el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990 regula la pensión de invalidez y establece que “para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez el solicitante debe acreditar cotización mínima de 150 semanas dentro de los últimos 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez o 300 semanas en cualquier tiempo” y que “revisada los diferentes documentos que reportan las cotizaciones realizadas al Seguro Social (...) y teniendo en cuenta que las 300 semanas deben ser anteriores a la estructuración de la invalidez, es decir, con anterioridad al 20 de diciembre de 2007, efectivamente cotizó 307.28 semanas desde el 1° de junio de 1997 hasta el mes de enero de 2007, 1998, con anterioridad a la fecha de declaratoria de invalidez. De lo anterior se concluye que el reclamante cotizó dentro de los años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, que fue 20 de diciembre de 2007, las 300 semanas exigidas por el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, por lo que le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez” (fl. 82-88 cdno. primera instancia).

4.8 Copia de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2012 por la Sala Primera Dual de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, dentro del proceso ordinario promovido por Dalia Rosa Ruiz Peñaloza contra el Instituto de Seguros

Sociales, por medio de la cual se revoca la sentencia del 14 de junio de 2011 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla y, en su lugar, se condena en costas en primera instancia a la parte demandante.

Consideró el Tribunal que la estructuración de la invalidez fue en vigencia del artículo 1° de la Ley 860 de 2003; que la accionante no acredita el requisito de fidelidad al sistema general de pensiones y que la norma es muy clara con la exigencia de dicho requisito (fl. 91-101 cdno. primera instancia).

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN

El 20 de marzo de 2013, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia resolvió negar la tutela impetrada. Consideró que la accionante debió presentar recurso extraordinario de casación contra la sentencia de segunda instancia, pues la tutela fue creada como un mecanismo para salvaguardar los derechos fundamentales, pero condicionado a la utilización previa de los medios ordinarios de defensa.

T- 3.991.396

1. Hechos

Yenith Amparo Gómez presentó acción de tutela contra Colfondos S.A., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la vida digna, mínimo vital, igualdad, seguridad social y demás derechos conexos, por cuanto negó el reconocimiento de su pensión de invalidez.

Manifiesta la accionante que trabaja en el Hogar Infantil de Pitalito y que a pesar de haberse afiliado a la entidad accionada desde el 8 de febrero de 2006, la empleadora consignó sus aportes a la seguridad social en pensiones al Instituto de Seguros Sociales a partir del 1 de febrero de 2007 a abril de 2010, razón por la cual solicitó a esta última el traslado de los dineros depositados a la AFP Colfondos, entidad a la que se ha venido consignado los aportes desde agosto de 2010.

Señala que la Junta Regional de Calificación Laboral del Huila, determinó una disminución de su capacidad laboral en 52.40% con fecha de estructuración del 31 de julio de 2009, con ocasión de una enfermedad de origen común.

Indica la demandante que solicitada la pensión de invalidez a la entidad accionada, la misma fue negada, por cuanto no cumple con el requisito previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, de haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, y que los pagos que se registran en el mes de febrero, marzo, abril, mayo y julio del año 2009, al ser pagados de manera extemporánea no pueden ser tenidos en cuenta.

Afirma la accionante que por un error de la entidad empleadora cotizó al Instituto de Seguros Sociales entre el año 2007 y 2010, esto es, que realizó aportes al sistema general de seguridad social en pensiones, por lo que sí cumple con el requisito de las 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración, pues para el 31 de julio de 2009 tenía un total de 120 semanas. Agrega, con respecto al argumento del pago extemporáneo, que la entidad accionada tenía la obligación de cobrar los aportes con los respectivos intereses de mora, por lo que su negligencia no es excusa para negar el derecho a la pensión.

Alega la demandante que se encuentra en un estado de indefensión, por cuanto no se puede valer por sí misma en razón a su invalidez y que debe responder por la educación de sus dos hijos.

2. Solicitud de tutela

En razón a lo expuesto, la accionante solicita que sean amparen sus derechos fundamentales mencionados y, en consecuencia, que se ordene a la entidad accionada que reconozca y pague la pensión de invalidez a partir de su fecha de estructuración.

3. Intervención de la parte accionada

El 11 de abril de 2013, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pitalito, Huila, admitió a trámite esta acción de tutela y notificó de esta decisión a la accionante y a la Administradora de Fondos y Pensiones Colfondos S.A..

El representante judicial de Colfondos solicitó que se declare que no ha vulnerado derecho fundamental alguno, puesto que no hay lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de la accionante. En forma subsidiaria, solicitó que, de otorgarse el amparo, el mismo

sea decretado de manera transitoria y que de conformidad con el artículo 70 de la Ley 100 de 1993 se ordene a la aseguradora MAPFRE Colombia Vida Seguros S.A. que reconozca la suma adicional necesaria para financiar la pensión de invalidez de la accionante.

Manifiesta que la demandante no cumple con el requisito de cotizar 50 semanas dentro de los tres últimos años contados a partir de la fecha de la estructuración de la invalidez como indica el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Señala que el juez constitucional no puede invocar la excepción de inconstitucionalidad, para inaplicar el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 860 de 2003, y aplicar el artículo original, por cuanto así se dispuso en sentencia de tutela T- 785 de 2009, tras considerar que esta norma modificada fue declarada constitucional mediante sentencia con efecto erga omnes (C- 428-09).

Indica que la acción de tutela no es procedente para el reconocimiento de una pensión de manera definitiva, pues aquella pretende la protección de derechos fundamentales y no la definición de controversias legales y declare la pensión sin que se haya surtido el suficiente debate probatorio que es necesario para definir este tipo de conflictos legales.

4. Pruebas aportadas al proceso

4.1 Copia del recibido del Banco Popular de la autoliquidación de aportes al sistema de seguridad social a nombre del Hogar Infantil Pitalito en los que se identifica como afiliada a Yenith Amparo Gómez de los meses febrero a diciembre del 2007 (fl. 16-26 cdno. primera instancia).

4.2 Copia del certificado de aportes de Yenith Amparo Gómez al Sistema de Seguridad Social proferido por Asopagos S.A. en la que consta que cotizó a Colpensiones los períodos de febrero de 2008 a diciembre de 2008; de febrero de 2009 a diciembre de 2009; de febrero de 2010 a junio de 2010 y a Colfondos los periodos de julio de 2010 a diciembre de 2010; de enero de 2011 a diciembre de 2012 (fl.27-41 cdno. primera instancia).

4.3 Copia del dictamen para calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez de Yenith Amparo Gómez en el que consta que tiene una pérdida de la capacidad laboral en un 52.40% que se estructuró el 31 de julio de 2009 con origen en enfermedad común (fl.44-46 cdno. primera instancia).

4.4 Copia de la respuesta de Colfondos a Yenith Amparo Gómez del 20 de diciembre de 2012 en la que le informan que se vinculó a dicha entidad desde el 8 de febrero de 2006 y que con base en el artículo 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 se verificó que no cumple con el requisito de las 50 semanas en los 3 años anteriores, pues cotizó cero (0) semanas al sistema general de pensiones, pues los pagos registrados en el mes de febrero, marzo, abril, mayo y julio de 2009 fueron extemporáneos por lo cual no pueden ser tenidos en cuenta, razón por la cual no cumple con el requisito de cobertura exigido por la Ley 860 de 2003” (fl. 47-49 cdno. primera instancia).

4.5 En el trámite de primera instancia, el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pitalito, Huila, recibió el 22 de abril de 2013 la declaración de María Nelcy Samboni en la que informa que la accionante “se encuentra laborando en el Hogar Infantil Pitalito, a pesar de la enfermedad en la columna, por necesidad, devenga el mínimo, tiene dos hijos a cargo uno tiene apenas 18 y el otro 13 años, además debe cumplir con créditos para el mejoramiento de su vivienda, ha tenido dos cirugías por ese mismo problema, ella sufre de mucho dolor de cintura y de espalda para caminar (...) ella labora con el problema de la espalda, la han tratado de reubicar para alivianarle el trabajo, pero es muy complicado por su enfermedad (...)” (fl. 74 cdno. primera instancia).

En el mismo día se recibió declaración de Gloria Mercedes Florez Cortes, en la que informa que la accionante “vive enferma de la columna, la operaron, ella llora del dolor, con la droga que le mandan ella se le inflama la cara, a veces llega renqueando, ella es jardinera, tiene a cargo 30 niños los cuales debe cuidar, jugar y hacer dinámicas, los niños son de 3 a 4 años de edad, económicamente ella está mal pues depende de, salario mínimo que gana y de lo que hace el esposo que trabaja en oficios varios de eso deben solventar los gastos de sus hijos que están estudiando” (fl. 75 cdno. primera instancia).

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

El 24 de abril de 2013 el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pitalito, Huila, resolvió no tutelar los derechos fundamentales de la accionante. Consideró que la acción de tutela es improcedente, por cuanto existen otros medios de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria laboral en los que se puede contradecir la prueba y declarar el derecho que pretende la accionante. Sostuvo que no se configura un perjuicio irremediable, por cuanto la

demandante actualmente trabaja, lo que le permite devengar un salario mensual y satisfacer sus necesidades básicas en compañía de su componente familiar.

La accionante impugnó la anterior decisión, bajo la consideración de que la solicitud de la pensión es precisamente para evitar continuar trabajando dada su condición de invalidez. Agregó que la entidad accionada puede solicitar el traslado de los aportes efectuados en el ISS y que el seguro contratado con MAPFRE le permite exigirle el pago de las prestaciones correspondientes.

El 5 de junio de 2013, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito, Huila, resolvió confirmar el fallo de primera instancia. Estimó que este debate se debe realizar ante el juez ordinario laboral o contencioso administrativo, dado que se requiere de un especial debate probatorio y la tutela es un mecanismo preventivo y no declarativo y no se puede hacer caso omiso a la normatividad que regula la parte sustantiva y el procedimiento para el caso concreto.

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

Remitido los expedientes a esta Corporación, la Sala de Selección Número Siete, mediante Auto del 30 de julio de 2013, dispuso su revisión por la Corte Constitucional y mediante el numeral quinto de dicho proveído, ordenó la acumulación entre sí de los expedientes de la referencia.

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes, así como por la escogencia del caso que hizo la Sala de Selección.

2. Trámite surtido ante la Corte Constitucional

2.1 Mediante Auto del 12 de noviembre de 2012, el suscrito magistrado requirió a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, para que informara al despacho judicial la totalidad de las semanas cotizadas hasta la fecha por Ferney Quintero Guerrero (T- 3.983.906) y Yenith Amparo Gómez (T-3.991.396) e indique respecto de esta última si de parte

de la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, recibió el traslado de aportes efectuados por ella. En el mismo proveído se requirió a la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, para que informe a este despacho judicial la totalidad de las semanas cotizadas hasta la fecha por Ricardo Pahuana Navarro (T-3.985.384).

Asimismo, se requirió a Beatriz Ramona Ávila Corracado, para que informe la edad actual de su hija Ornella del Carmen García Ávila y adjunte prueba que de cuenta de su afirmación; e indique, en caso de ser esta mayor de edad, las razones por las cuales actúa en su nombre (T- 3.984.021).

Finalmente, se ordenó notificar a MAPFRE Colombia Vida Seguros S.A, el auto admisorio de las tutelas T- 3.983.906 y T- 3.991.396, acumuladas al expediente T-3.974.993, adjuntando copia de las respectivas demandas para que se entienda vinculada a estos procesos de tutela y con el fin de que se pronuncie acerca de los hechos y pretensiones en que se funda las solicitudes de amparo.

2.2 El apoderado judicial de Colfondos S.A. informó que Ferney Quintero Guerrero (T-3.983.906) presenta un total de 206.86 semanas cotizadas y con solicitud de pensión en trámite; y Yenith Amparo Gómez (T-3.991.396) un total de 210.71 semanas y con solicitud de pensión en trámite.

2.3 Beatriz Ramona Ávila Corracado, informó que las actuaciones para demandar el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a su favor y de su hija, obedece a que la actuación de la pensión de sobreviviente surgió cuando ella era menor de edad y así actuó ante el ISS, hoy Colpensiones, en el trámite de proceso ordinario y en el de esta acción de tutela. Aportó copia de la cédula de ciudadanía de Ornella del Carmen García Ávila en la que consta como fecha de nacimiento 7 de abril de 1988.

2.4 La apoderada general de Maphre Colombia Seguros S.A., dijo que ningún fondo de pensiones con los cuales mantiene póliza provisional vigente ha reportado solicitud de pago de incapacidades a favor de Ferney Quintero Guerrero, y que para realizar el estudio de la viabilidad del pago de la suma adicional a Colfondos es necesario que éste le envíe a la aseguradora una solicitud formal con los documentos necesarios.

2.5 Ante la falta de respuesta oportuna por parte de Colpensiones y previa llamada al

accionante, se verificó en la página oficial de la entidad demandada el reporte de semanas cotizadas en pensiones de Ricardo Pahuana Navarro en el que consta un total de 81.28 semanas cotizadas entre abril de 2012 a octubre de 2013.

3. Consideraciones

3.1 Problema jurídico y esquema de resolución

De los antecedentes expuestos, esta Sala advierte que existen dos grupos de solicitantes. Quienes accionan directamente contra la administradora o fondo de pensiones, por negar el reconocimiento de su derecho a la pensión. Y quienes censuran decisiones judiciales que en el marco de un proceso ordinario laboral negaron el reconocimiento a la pensión solicitada.

Asimismo, frente a los presupuestos para acceder a la pensión, se evidencia que un grupo solicita no aplicar el requisito de fidelidad al sistema cuando la pensión se estructuró con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad de dicha exigencia, mientras que el otro, pretende la inaplicación del requisito que exige haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez.

En este sentido, la Sala considera que, deben, en el presente caso, resolverse los siguientes tres problemas jurídicos:

-Si se vulnera el derecho a la seguridad social y al mínimo vital de los accionantes que padecen enfermedades degenerativas, por cuanto las entidades accionadas negaron el derecho a la pensión de invalidez por no cumplir con el requisito de las 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años contados a partir de la fecha de la estructuración de la invalidez, pues no tuvieron en cuenta que con posterioridad a dicha fecha, se siguieron efectuando cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones.

-Si se vulneran los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de los accionantes, por la exigencia de las entidades demandadas de cumplir con el requisito de fidelidad a quienes se les estructuró el derecho a la pensión de invalidez (artículo 1° de la Ley 860 de 2003) o de sobreviviente (Ley 797 de 2003) con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad de dicho requisito (C- 428 y C-556 de 2009, respectivamente)

-Si las autoridades judiciales accionadas incurrieron en alguna causal específica de procedibilidad que atente contra los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de los accionantes, al negarle el reconocimiento de la pensión solicitada por no cumplir con el requisito de fidelidad previsto para la pensión de invalidez (artículo 1° de la Ley 860 de 2003) o de sobreviviente (Ley 797 de 2003), por cuanto éstos se consolidaron antes de la expedición de las sentencias de constitucionalidad que declararon inexecutable el presupuesto de fidelidad (C- 428 y C-556 de 2009, respectivamente)

Con el fin de resolver los anteriores problemas jurídicos esta Sala reiterará la jurisprudencia consolidada de esta Corporación acerca de: i) el reconocimiento a la pensión de invalidez y de sobreviviente como manifestación del derecho a la seguridad social; la ii) el deber de las administradoras y fondos de pensiones de tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de la estructuración de invalidez a quienes se les diagnostica enfermedades degenerativas, congénitas o crónicas, como un elemento esencial para la configuración del derecho a la pensión de invalidez y iii) el deber de inaplicar el requisito de fidelidad para el reconocimiento de la pensión de invalidez y de sobreviviente cuando la misma se estructuró con anterioridad a la declaratoria de inexecutable de dicho requisito. Definido lo anterior se pasará a analizar cada uno de los casos concretos.

Empero antes de resolver el asunto de fondo, esta Sala se pronunciará brevemente acerca de la procedencia de la acción de tutela.

Procedencia de la acción de tutela

1. El artículo 86 de la Constitución Política establece la acción de tutela con el fin de que toda persona pueda reclamar, ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten amenazados o vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o por un particular en los casos definidos en la ley.

En lo que respecta a su procedencia, el mismo artículo constitucional dispone que esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Por

su parte, el Decreto 2591 de 1991 establece que la acción de tutela es procedente, cuando existiendo otro mecanismo de defensa judicial, el mismo no resulta eficaz para la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados. Aspecto que será apreciado en atención a las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Procedencia de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez ante la administradora o fondo de pensiones

2. Cuando se pretende solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez, ante la negativa de la administradora o del fondo de pensiones, esta Corporación ha determinado que, por regla general, el mecanismo apropiado son las acciones pertinentes ante la jurisdicción ordinaria laboral o contencioso administrativa, según corresponda. Empero, en razón a circunstancias excepcionales, determinadas en cada caso en particular, ha permitido que dicha pretensión sea analizada mediante la acción de tutela al constatar la falta de eficacia del medio ordinario de defensa judicial.

Así, en diversos pronunciamientos[1], esta Corporación ha establecido que la acción de tutela es procedente para el reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando en el caso concreto, entre otros factores, está probada la afectación al mínimo vital y a la vida digna; los beneficiarios son sujetos de especial protección constitucional y la negativa a su reconocimiento contradijo preceptos legales y constitucionales.

De este modo, la ineficacia del medio ordinario de defensa resulta cuando en cabeza de la accionante confluyen una serie de circunstancias que le permite al juez concluir que el medio ordinario de defensa para ese caso en particular no resulta eficaz. Así, cuando se refiere al reconocimiento de la pensión de invalidez, se parte del supuesto de que la persona que lo solicita tiene una incapacidad mayor al 50%, lo que prima facie permite presumir que no puede trabajar y por ende que no posee un medio de subsistencia, de lo que se deduce la posible afectación a su mínimo vital. Además, su condición de discapacidad lo convierte en un sujeto de especial protección constitucional (artículo 47), lo que implica un trato preferente en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra.

En este sentido, es desproporcionado exigirle a una persona que está en las condiciones anteriormente descritas, acudir a un proceso ordinario ya sea en la jurisdicción contenciosa

o en la laboral, pues estos juicios implican la representación judicial (artículo 33 C.P.L.) y los turnos de espera en cada despacho judicial, para lo cual es necesario contar con recursos económicos suficientes que permitan suplir los gastos judiciales y la satisfacción de las necesidades personales a lo largo del proceso.

Casos concretos

3. Con base en lo anterior, esta Sala concluye que la acción de tutela correspondiente a los expedientes T- 3.974.993, T-3.983.906, T- 3.985.384 y T-3.991.396 es procedente por las razones que se exponen a continuación:

3.1 Luis Adolfo Gamba Díaz (T- 3.974.993), solicita que se le reconozca su derecho a la pensión de invalidez, en razón a que presenta una disminución de su capacidad laboral en un 54.05%, con fecha de estructuración del 8 de agosto de 2006. Informa que su reconocimiento fue negado el 12 de octubre de 2006 por el Fondo de Pensiones y Cesantía Porvenir, por cuanto no cumple con el requisito de fidelidad al sistema previsto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 y añade que no cuenta con los medios económicos para subsistir y que depende de su hermana quien debe suplir también las necesidades de sus padres.

Con base en lo anterior, esta Sala constata que a) el accionante es un sujeto de especial protección constitucional, por cuanto presenta una disminución de la capacidad laboral mayor al 50%; b) que en virtud de dicha discapacidad se presume que no puede laborar, por lo que no cuenta con recursos económicos para suplir sus necesidades básicas, lo que implica una afectación a su mínimo vital y su vida digna y c) que la solicitud de pensión de invalidez, fue negada por la entidad accionada sin fundamento constitucional y legal. Razones que considera esta Sala son el camino para considerar la procedencia de esta acción de tutela, por cuanto el envío de sus pretensiones ante la justicia ordinaria sería desproporcionado en razón a su particular situación, al no contar con los medios económicos para subsistir.

Por otra parte, esta Sala dista de las sentencias de los jueces de instancia que declararon improcedente la acción de tutela presentada, por cuanto en su sentir existía cosa juzgada constitucional al fallar en septiembre de 2012 una demanda similar a la hoy presentada. El distanciamiento se fundamenta en que, posterior a este fallo (diciembre de 2012), la

entidad accionada resolvió el recurso de reposición y apelación presentado contra la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez, lo que constituye un hecho nuevo que excluye lo que los jueces de instancia denominan cosa juzgada constitucional y cualquier calificativo de temeridad a la actuación del demandante.

En razón a lo expuesto, esta Sala revocará la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago, Valle del Cauca, por medio de la cual confirmó la providencia del Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Conocimiento de Cartago, Valle del Cauca, que declaró improcedente la acción de tutela presentada por Luis Adolfo Gamba Díaz.

3.2 Ferney Quintero Guerrero (T- 3.983.906) solicita que se le reconozca su derecho a la pensión de invalidez, en razón a que presenta una disminución de su capacidad laboral en un 60.95%, con fecha de estructuración del 2 de noviembre de 2011, por cuanto le fue diagnosticado VIH/SIDA y cáncer (Sarcoma de Kaposi). Manifiesta que solicitado el reconocimiento de la pensión, el mismo fue negado por Colfondos S.A. en razón a que no cumplía con el requisito de las 50 semanas previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y añade que siguió cotizando, pero que actualmente está desempleado, que vive en estrato dos y que de él depende sus padres que son personas de la tercera edad.

Para esta Sala, el accionante es un sujeto de especial protección constitucional, por cuanto no sólo presenta una disminución de la capacidad laboral mayor al 50%, sino también porque padece de una enfermedad que aún genera discriminación en la sociedad y a su cargo están sus padres quienes tienen 75 y 73 años de edad. Si bien señala que siguió cotizando al sistema de pensiones, asimismo refiere que actualmente está desempleado y que, por ende, no tiene recursos para satisfacer sus necesidades básicas y las de sus padres quienes son personas de la tercera edad. Lo anterior sumado a que la pensión de invalidez, fue negada por la entidad accionada sin fundamento constitucional y legal. Razones que considera esta Sala son el camino para considerar la procedencia de esta acción de tutela, por cuanto el envío de sus pretensiones ante la justicia ordinaria sería desproporcionado en razón a su particular situación, al no contar con los medios económicos para subsistir.

3.3 Ricardo Pahuana Navarro (T-3.985.384) solicita que se le reconozca su derecho a la

pensión de invalidez, en razón a que presenta una disminución de su capacidad laboral en un 56.66% con fecha de estructuración del 19 de noviembre de 2011. Informa que solicitado el reconocimiento de la pensión, Colpensiones S.A. negó su pretensión, en razón a que no acredita el requisito de las 50 semanas previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Añade que a pesar de que siguió haciendo aportes, no cuenta con los recursos para seguir efectuándolos, por lo que quedaría sin atención en salud y sin los medios para proveer su subsistencia.

Con base en lo expuesto, esta Sala considera que Ricardo Pahuana Navarro es un sujeto de especial protección constitucional, por cuanto presenta una disminución de la capacidad laboral mayor al 50%. Si bien indica que siguió haciendo aportes al sistema general de seguridad social, también refiere que ya no puede seguir haciéndolo, lo que no sólo pone en riesgo su mínimo vital, al no tener recursos económicos que le permitan satisfacer sus necesidades básicas, sino también la atención en salud para el tratamiento de la enfermedad que padece, lo que evidencia la falta de eficacia del medio ordinario de defensa.

3.4 Yenith Amparo Gómez (T-3.991.396) solicita que se le reconozca su derecho a la pensión de invalidez, en razón a que presenta una disminución de su capacidad laboral en un 52.40% con fecha de estructuración del 31 de julio de 2009. Manifiesta que solicitado el reconocimiento de la pensión, Colfondos S.A. negó su pretensión, en razón a que no acredita el requisito de las 50 semanas previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y por cuanto las semanas de los meses de febrero a julio de 2009 no pueden ser tenidas como válidas, por cuanto el pago se efectuó de manera extemporánea. Indica que se encuentra en estado de indefensión, por cuanto no se puede valer por sí misma y de ella dependen sus menores hijos, la anterior afirmación la respalda en las declaraciones recibidas a María Nelcy Samboni y a Gloria Mercedes Florez por el juez de primera instancia, que dan cuenta de que la accionante sigue laborando en razón a que necesita suplir sus necesidades básicas y a pesar de su grave estado de salud.

Conforme con lo anterior, esta Sala constata que a) la accionante es un sujeto de especial protección constitucional, por cuanto presenta una disminución de la capacidad laboral mayor al 50%; b) que si bien labora, lo hace en razón a que necesita suplir sus necesidades básicas y las de sus hijos, a pesar de los padecimientos propios de su enfermedad y que es

precisamente por la pretensión de dejar de laborar, que solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez, de allí que la circunstancia de estar trabajando vulnera su derecho a una vida digna y c) la solicitud de pensión fue negada sin tener en cuenta la situación real de las cotizaciones de la accionante, por lo que para este caso la acción de tutela es procedente.

En razón a lo expuesto, esta Sala revocará la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito, Huila, por medio de la cual confirmó la providencia del Juzgado Tercero Penal Municipal de Pitalito, Huila, que declaró improcedente la acción de tutela presentada por Yenith Amparo Gómez. T-3.991.396

Procedencia de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez y sobreviviente negada por decisiones judiciales

4. Ahora bien, cuando la pretensión del reconocimiento de la pensión se tramitó por la vía ordinaria y, es con respecto a las decisiones judiciales que se consideran vulneran o amenazan los derechos fundamentales, esta Corporación ha definido que, en principio, no es procedente la acción de tutela, por cuanto estas decisiones “constituyen ámbitos ordinarios de reconocimiento y realización de los derechos fundamentales”[2]; y las autoridades judiciales en su actuar gozan de libertad para la apreciación de los hechos y la aplicación del derecho y están cobijados por los principios de independencia y autonomía (artículo 228 de la C.P y artículo 5° de la Ley 270 de 1996[3]), lo que, prima facie, excluye la intervención de cualquier otra autoridad en sus decisiones.

Así, esta Corporación con la finalidad de regular la excepcionalidad de la procedencia de la acción de tutela contra una decisión judicial estableció unas causales genéricas de procedibilidad que habilitan la interposición de la demanda de tutela y unas causales específicas de procedencia que de incurrirse en ellas se ha de amparar el derecho fundamental al constatar su efectiva vulneración.

De este modo, se estableció como causales genéricas de procedibilidad las siguientes:

- a. La cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional;
- b. Se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al

alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio ius fundamental irremediable;

c. La parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal transgresión en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible;

d. No se trate de sentencias de tutela y

e. Se cumpla el requisito de la inmediatez, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

Y como causales específicas de procedibilidad:[4]

a. Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello.

b. Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

c. Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

d. Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión.

e. Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales.

f. Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional.

g. Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario

aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado.

h. Violación directa de la Constitución.

Casos concretos

5. Visto lo anterior, esta Sala pasa a determinar si se satisfacen los requisitos de procedencia de la acción de tutela en los casos correspondientes a los expedientes T-3.984.021 y T-3.986.393.

5.1 En el primer caso, Beatriz Ramona Ávila Corracedo, actuando en nombre propio y de su hija Ornella del Carmen García Ávila, presentó acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales- ISS, hoy Colpensiones, y la Sala Tercera de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al debido proceso, al mínimo vital, a la vida, a la seguridad social y a la primacía de los derechos de la niñez, por cuanto negaron, por no cumplir con el requisito de fidelidad previsto en el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la que aduce tener derecho por la muerte de su esposo y padre el 19 de diciembre de 2003.

5.2 En el segundo expediente, Dalia Rosa Ruiz Peñaloza presentó acción de tutela contra la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y a la dignidad humana, por cuanto no reconoció su derecho a la pensión de invalidez a pesar de que se le determinó una disminución de su capacidad laboral del 76.44% con fecha de estructuración el 20 de diciembre de 2007, por cuanto no cumple con el requisito de fidelidad previsto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

5.3 Con base en los antecedentes expuestos, esta Sala pasa a analizar si en los anteriores casos se cumple con las causales genéricas que hacen procedente esta acción constitucional.

Así, en primer lugar se constata que la cuestión que se discute es de relevancia

constitucional, por cuanto se trata de definir sí con la actuación de los Tribunales accionados se vulneraron los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de las accionantes, al exigirles el cumplimiento del requisito de la fidelidad para acceder a la pensión solicitada, a pesar de que el mismo fue inaplicado en numerosas ocasiones por esta Corporación y posteriormente declarado inconstitucional.

En segundo lugar, en los casos descritos se agotaron todos los medios de defensa judicial, por cuanto si bien los jueces de instancia declararon improcedente esta acción de tutela con base en que procedía el recurso extraordinario de casación, se ha de advertir que este medio no es eficaz para subsanar las falencias advertidas en el proceso laboral que se censura.

De este modo, si bien en principio esta Corporación, en diversos pronunciamientos, ha considerado que la acción de tutela es improcedente cuando no se presentó, siendo procedente, el recurso extraordinario de casación[5], por cuanto el mismo es un medio de defensa de los derechos fundamentales, asimismo ha definido que de manera excepcional es procedente aún cuando no se presente el recurso de casación en eventos en que:

a) éste resulta ser una carga desproporcionada dadas las condiciones materiales de existencia y el asunto a tratar. Así, se consideró procedente la acción de tutela para quienes pretendían la indexación de la primera mesada pensional otorgada antes de 1991, en razón a la condición de especial vulnerabilidad en que se encontraban los accionantes y porque el recurso de casación era ineficaz dado la reiterada negativa a su reconocimiento por parte de la Sala de Casación Laboral[6].

b) es evidente la violación de los derechos fundamentales y una decisión de improcedencia haría que prevaleciera lo formal frente a lo sustancial, desconociendo de este modo la obligación estatal de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales[7] y la prevalencia del derecho sustancial[8], pues la aplicación rígida de la regla de la improcedencia “causaría un daño de mayor entidad constitucional que el que se derivaría del desconocimiento del criterio general enunciado”[9].

En estos casos, se considera que el recurso de casación no era eficaz, por cuanto éste resultaba ser una carga desproporcionada dadas las condiciones personales de las accionantes, por cuanto se tratan de sujetos de especial protección constitucional, en el

caso de Dalia Rosa Ruiz Peñaloza en razón a su situación de discapacidad que le impide laboral, sumado a su afecciones de salud y a que es una persona de la tercera edad; y en el caso de Beatriz Ramona Ávila Corracado, por cuanto dependía de su esposo fallecido, éstos hechos le impidieron satisfacer a cada una sus necesidades básicas y las sitúa en un estado de vulnerabilidad del que no puede ser ajeno el Estado.

Asimismo, se advierte que el recurso de casación para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez o de sobreviviente cuando no se cumple el requisito de fidelidad contenido en las Leyes 860 y 797 de 2003, respectivamente, era ineficaz, por cuanto como se advierte en las sentencias de segunda instancia que se censuran, la negativa a su reconocimiento se basa en sentencias reiteradas de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, dar prevalencia a este requisito de procedencia atentaría no sólo contra la garantía de los derechos fundamentales vulnerados a los accionantes, sino también contra todo el sistema jurídico, por cuanto, como se verá más adelante, constituye un precedente de obligatorio cumplimiento la no exigencia del requisito de la fidelidad contenido en las mencionadas leyes para el reconocimiento de las pensiones de invalidez y de sobreviviente, por cuanto de esta forma se da primacía al ordenamiento constitucional.

Con base en lo expuesto, considera esta Sala que las condiciones especiales de las demandantes y el asunto a tratar, y la falta de certeza acerca de la eficacia del recurso de casación, permite concluir que en este caso no es exigible el requisito de agotar los medios ordinarios de defensa.

En tercer lugar, en las demandas de tutela la parte actora identifica de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados; no se trata en la demandas de censurar sentencias de tutela y cumplen con el requisito de la inmediatez, pues, la demanda de tutela se presentó en un término razonable a partir del hecho que originó la vulneración y la misma aún persiste. Así, la Sala constata que en el caso de Beatriz Ramona Ávila la sentencia del Tribunal que se censura se profirió el 23 de abril de 2012 y la demanda de tutela fue presentada en abril de 2013; y en el caso de Dalia Rosa Ruiz Peñaloza la sentencia del Tribunal data del 31 de mayo de 2012 y la acción de tutela fue presentada en marzo de 2013

6. Con base en lo expuesto, esta Sala revocará la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que confirmó la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación, por medio de la cual resolvió negar por improcedente la acción de tutela presentada por Beatriz Ramona Ávila Corracedo (T-3.984.021).

Asimismo, revocará la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que negó por improcedente la tutela presentada por Dalia Rosa Ruiz Peñaloza (T-3.986.393).

7. Finalmente, y antes de pasar a reiterar las reglas jurisprudenciales sobre el asunto de fondo, esta Sala considera que Beatriz Ramona Ávila Corracedo (T-3.984.021) no está legitimada por activa para actuar a nombre de su hija Ornella del Carmen García Ávila, por cuanto a quien dice representar, si bien es su hija, es una persona mayor de edad que no se encuentra en ninguna situación que le impida ejercer la defensa de los derechos que le consideran fueron vulnerados.

Además, el hecho de que el proceso ordinario laboral se hubiera adelantado en representación de su hija, quien para ese entonces era menor de edad, no justifica su actuación en este trámite de tutela, pues se trata de dos procesos judiciales independientes, tanto es así que en este proceso se censura la actuación de las autoridades judiciales y en el proceso ordinario laboral se reprocha el actuar del ISS, hoy Colpensiones.

8. De este modo, una vez satisfecho el requisito de la procedencia de la acción de tutela, esta Sala pasará a reiterar la jurisprudencia consolidada de esta Corporación acerca de i) el reconocimiento a la pensión de invalidez y de sobreviviente como manifestación del derecho a la seguridad social; la ii) el deber de las administradoras y fondos de pensiones de tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de la estructuración de invalidez a quienes se les diagnostica enfermedades degenerativas, congénitas o crónicas, como un elemento esencial para la configuración del derecho a la pensión de invalidez; y iii) el deber de inaplicar el requisito de fidelidad para el reconocimiento de la pensión de invalidez y de sobreviviente cuando la misma se estructuró con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad de dicho requisito. Definido lo anterior se pasará a analizar cada uno de los casos concretos.

i) El reconocimiento a la pensión de invalidez y de sobreviviente como manifestación del derecho a la seguridad social.

9. La seguridad social, según el artículo 48 de la Constitución Política, es un servicio público de carácter obligatorio que se presta bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos establecidos por la ley.

En concordancia con lo anterior, la seguridad social es un derecho fundamental e irrenunciable. Su carácter fundamental y su exigencia a través de la acción de tutela, se concreta una vez se han adoptado las medidas de orden legislativo y reglamentario y se satisfacen los requisitos que en éstas se disponen para su configuración[10].

La finalidad de la seguridad social es crear un mecanismo para proteger las contingencias, que en materia de pensiones están relacionadas con la vejez, las circunstancias sobrevenidas como la invalidez o el fallecimiento del asegurado o pensionado, supliendo dichos sucesos con prestaciones económicas y asistenciales en seguridad social (pensión y salud) que buscan la satisfacción de las necesidades básicas de los afectados.

10. La Ley 100 de 1993 “por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, expresamente reguló los requisitos y beneficios para adquirir el derecho a la pensión de invalidez o de sobreviviente.

El propósito de la pensión de invalidez es suplir las necesidades básicas de quien no puede por sí mismo satisfacerlas en razón a una disminución de su capacidad laboral mayor al 50%. De igual manera, el propósito de la pensión de sobreviviente es suplir las deficiencias económicas y asistenciales de las personas que surgen en razón al fallecimiento del asegurado o pensionado de quien dependían.

11. Actualmente, de conformidad con lo previsto en los artículos 39 y 46 de la Ley 100 de 1993, modificados, respectivamente, por los artículos 1° de la Ley 860 de 2003 y 12 de la Ley 797 de 2003, para el reconocimiento tanto de la pensión de invalidez como de sobreviviente, se exige el requisito común de haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez para el primer caso o al fallecimiento del asegurado para el segundo supuesto. Esa misma normatividad había

previsto el requisito adicional de fidelidad al sistema, el cual fue declarado inconstitucional por esta Corporación en sentencias C- 428 y C-566 de 2009, respectivamente.

ii) El deber de las administradoras y fondos de pensiones de tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de la estructuración de invalidez a quienes se les diagnostica enfermedades degenerativas, congénitas o crónicas, como un elemento esencial para la configuración del derecho a la pensión de invalidez.

12. El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, establecía originalmente como requisito para acceder a la pensión de invalidez los siguientes: que el afiliado sea declarado invalido y que hubiere cotizado veintiséis (26) semanas al momento de producirse el estado de invalidez o 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.

13. El anterior requisito fue modificado por el artículo 1° Ley 860 de 2003, al establecer que tendrá derecho a la pensión, el afiliado que sea declarado inválido y acredite, para la invalidez por enfermedad, que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, y para la invalidez por accidente que esta misma cotización se haya efectuado antes del hecho causante de la misma.

A su vez, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 adicionó el requisito de fidelidad al sistema, el cual consistía en que además de lo anterior, el afiliado debía acreditar “su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos de veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la calificación del estado de invalidez”.

14. En relación con el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, la Corte se ha pronunciado en sede tutela y en sede de constitucionalidad.

14.1 En sede de tutela, a manera de ejemplo, en sentencia T- 221 de 2006 decidió inaplicar el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 y aplicar el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

En esta sentencia se analizó el caso de una señora de 73 años de edad que dejó de laborar en el año 2005 y a quien, en razón de un cáncer pulmonar, fue calificada por una pérdida de la capacidad laboral del 58.6% con fecha de estructuración de 24 de septiembre de 2004. Solicitado el reconocimiento de la pensión de invalidez, el mismo fue negado por Colfondos al considerar que no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003.

En esta oportunidad, la Corte resaltó que la fecha de la estructuración de la invalidez de la accionante era próxima a la entrada en vigencia del nuevo régimen que incrementó los requisitos para acceder a la pensión de invalidez; que se trata de un sujeto de especial protección constitucional en razón no sólo a la discapacidad, sino por ser una persona de la tercera edad y sin recursos para proveer su subsistencia. Asimismo, determinó que cumplía con los requisitos legales previstos originalmente en la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Con base en lo anterior, esta Corporación decidió inaplicar el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 y aplicar el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original. La razón que sustentó la anterior decisión, fue que para este caso resultaba menos gravosas las disposiciones anteriores que las actuales, sumado a la circunstancia de que el cambio legislativo no previó ningún régimen de transición que salvaguardará las expectativas legítimas de quienes cumplían los requisitos para acceder a la pensión de vejez y dada la especial situación de vulnerabilidad de la accionante.

14.2 El anterior razonamiento fue reiterado en la sentencia de tutela T-103 de 2008. En esta ocasión, la Corte analizó un supuesto de hecho en el que a una señora de 60 años de edad se le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 53% con fecha de estructuración del 27 de diciembre de 2003 y le fue negado el reconocimiento de la pensión de invalidez, tras considerar que no cumplía con los requisitos previstos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003. En este caso, la accionante contaba con 27 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez.

De igual forma, en este caso la Corte evidenció que la fecha de la estructuración de la invalidez de la accionante era próxima a la entrada en vigencia del nuevo régimen que

incrementó los requisitos para acceder a la pensión de invalidez; que quien solicita el amparo es un sujeto de especial protección constitucional en razón no sólo de la discapacidad, sino al ser una persona de la tercera edad y sin recursos para proveerse su subsistencia; y que además la accionante cumplía con los requisitos legales previstos originalmente en la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

En esta oportunidad, aduciendo para el efecto, las mismas razones expuestas en la sentencia de tutela T- 221 de 2006, esta Corte decidió inaplicar el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 y aplicar el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original

14.3 Posteriormente, en sede de constitucionalidad, esta Corporación en sentencia C- 428 de 2009 resolvió declarar exequible el primer requisito contenido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 relacionado con la exigencia de haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez.

Consideró, en el marco del control abstracto de constitucionalidad, que esta reforma no implicaba una regresión, pues si bien se aumentó el número de semanas mínimas de cotización (de 26 a 50), también se aumentó el plazo para hacer valer las semanas (de 1 a 3 años). Asimismo, se eliminó la diferencia entre los afiliados que se encontraban cotizando y los que no al momento de la estructuración del estado de invalidez, cambio que previó la informalidad del empleo y por ende resulta ser más favorable para quienes no poseían un empleo permanente, pues podrían soportar la carga de cotizar 16.6 semanas cada año.

15. Ahora bien, respecto de la fecha de estructuración de la invalidez, el Decreto 917 de 1999 determinó que ésta podía coincidir con la fecha de la calificación o que podía ser anterior a ella.

En ese sentido estableció que la fecha de la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral es “la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva”, que esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y que puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación (artículo 3).

16. Con base en la anterior norma, esta Corporación[11] ha concluido que para definir la fecha de la estructuración de la invalidez, es necesario determinar con especial cuidado la

incapacidad permanente y definitiva del sujeto evaluado, en especial cuando se parte del diagnóstico de enfermedades catalogadas como degenerativas, congénitas o crónicas, por cuanto si bien pueden ser calificados con un porcentaje mayor al 50% en una fecha que podría ser la del diagnóstico de la enfermedad, lo que haría presumir a su vez la incapacidad laboral, la misma naturaleza de dichas enfermedades, que implican un deterioro paulatino en la salud, necesariamente no conllevan a que el afectado deje de laborar.

En este sentido, cuando con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez la persona dictaminada con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% sigue laborando, esta Corte ha concluido que es preciso tener en cuenta dichas cotizaciones que se asumen producidas en ejercicio de una capacidad laboral residual, hasta cuando la persona de manera absoluta no esté en condiciones de continuar trabajando.

Lo anterior, se sustenta en que es posible que con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez, la persona conserve, en efecto, una capacidad laboral residual que, sin que se advierta ánimo de defraudar al sistema, le haya permitido seguir trabajando y cotizando al sistema hasta que en forma definitiva no le sea posible hacerlo.

Conforme a esta regla, esta Corporación ha avalado las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración de invalidez prevista en el dictamen, partiendo del supuesto de que el asegurado tuvo capacidad laboral y, en ese sentido, pudo realizar cotizaciones al sistema, pues el ejercicio de una actividad productiva, debe garantizar el derecho a la seguridad social.

Esta regla compagina con el derecho al trabajo y empleo de las personas con discapacidad previsto en el artículo 27 y 28 de la Ley 1346 de 2009[12], que incluye, entre otros, la oportunidad de este sujeto de especial protección constitucional de ganarse la vida mediante el trabajo en igualdad de condiciones con las demás personas y con acceso a programas de jubilación, reconociendo de este modo que hacen parte y que le pueden aportar a la sociedad, promoviendo una conducta inclusiva y no discriminatoria, garantizando así su derecho a una vida digna.

Esta subregla permite que en los casos en los cuales se padece una enfermedad congénita, se evite el absurdo de considerar que como la fecha de estructuración de la invalidez fue el

nacimiento, se omita que la persona efectivamente se afilió y cotizó al sistema de seguridad social en pensiones, como ocurrió en el supuesto de hecho analizado en la sentencia T- 427 de 2012.

Finalmente, se ha de señalar que el hecho de que se efectúen cotizaciones al sistema general de seguridad social, satisface la finalidad de la norma, cual es la sostenibilidad financiera del sistema, se incentiva la cultura de afiliación y se controla los fraudes, al igual que garantiza que en relación con los fondos que reciben dichas cotizaciones no se genere un enriquecimiento sin causa, sino que contribuyan a cumplir el objetivo para lo cual fueron creados, que es el de garantizar el derecho a la seguridad social.

17. De este modo, las administradoras y los fondos de pensiones deben tener en cuenta las semanas cotizadas luego de la fecha de la estructuración de la invalidez, a quienes padecen una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, para efectos de determinar si cumplen con los requisitos para reconocer el derecho a la pensión de invalidez.

iii) El deber de inaplicar el requisito de fidelidad para el reconocimiento de la pensión de invalidez y de sobreviviente cuando la misma se estructuró con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad de dicho requisito.

18. El artículo 39 de La Ley 100 de 1993 establecía, en su versión original, para el reconocimiento de la pensión de invalidez los siguientes requisitos:

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.

19. Por su parte, el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, disponía los siguientes requisitos para reconocer la pensión de sobreviviente:

Artículo 46: Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que este hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

a. Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

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 la muerte.

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.

20. Por medio de la Leyes 860 y 797 de 2003, se reformó la Ley 100 de 1993 y se añadió el requisito de fidelidad al sistema para el reconocimiento de la pensión de invalidez y sobreviviente, respectivamente.

20.1 Así, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 reformó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y determinó que para el reconocimiento de la pensión de invalidez era necesario cumplir los siguientes requisitos, entre los cuales añadió el requisito de fidelidad al sistema, en estos términos:

Artículo 39: 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 (Resaltado fuera del texto).

20.2 El artículo 12 de la Ley 797 de 2003 reformó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, y dispuso para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente requisitos, entre los cuales añadió el de fidelidad en el sistema. La norma en comento establecía:

Artículo 46. Requisitos para obtener la pensión de sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones:

a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;

b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado haya cotizado el número de semanas mínimo requerido en el régimen de prima en tiempo anterior a su fallecimiento, sin que haya tramitado o recibido una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez o la devolución de saldos de que trata el artículo 66 de esta ley, los beneficiarios a que se refiere el numeral 2 de este artículo tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos de esta ley.

El monto de la pensión para aquellos beneficiarios que a partir de la vigencia de la Ley, cumplan con los requisitos establecidos en este parágrafo será del 80% del monto que le hubiera correspondido en una pensión de vejez.

PARÁGRAFO 2o. Si la causa del fallecimiento es homicidio, se aplicará lo prescrito para accidente, y si es suicidio, se aplicará lo prescrito para enfermedad (Resaltado fuera del texto).

21. En vigencia de estas normas, esta Corporación, haciendo uso de la figura de excepción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 4° de la Constitución Política[13], inaplicó en sede de tutela[14], como se verá mas adelante, el requisito de fidelidad al sistema incorporado por esta nueva legislación.

Las razones que sustentaron su actuación se basaron en el desconocimiento directo del artículo 48 de la Norma Superior, por cuanto las referidas normas establecían requisitos más exigentes que implicaban un retroceso, pues disminuía el grado de protección de sujetos de especial protección constitucional y hacía más gravoso el acceso a la pensión, sin ninguna justificación acerca de su necesidad y sin que hubiera adoptado medidas alternativas como un régimen de transición para quienes estuvieran cotizando al momento de la modificación.

De este modo, se concluyó prima facie que la medida era regresiva y por ende que podría vulnerar el principio de progresividad, razón por la cual una vez se constataste circunstancias de vulnerabilidad, la referidas normas debían inaplicarse en sede de tutela, mientras no haya un pronunciamiento del pleno de esta Corte sobre la exequibilidad de los mencionados

artículos.

A manera de ejemplo, se ha de ver que este razonamiento se efectuó tanto en el supuesto de solicitud de pensión de invalidez como de pensión de sobreviviente en los siguientes términos:

21.1 En sentencia de tutela T-287 de 2008, esta Corporación conoció el caso de una persona a quien le negaban el reconocimiento de la pensión de invalidez, en razón a que no cumplía con el requisito de fidelidad previsto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

En dicha ocasión, además de lo ya expuesto, se especificó que el mencionado requisito de fidelidad es una medida regresiva, por cuanto impone requisitos más exigentes, pues el artículo original no contemplaba dicha obligación; y una vez constatado el estado de debilidad manifiesta de la accionante, al quedar inválida en razón a un accidente, ser ciega y madre cabeza de familia de dos hijos menores, ordenó a la entidad accionada verificar si cumple con el requisito de fidelidad y en caso de que no, entonces inaplique el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y en su lugar aplique el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original y proceda a tramitar el reconocimiento de la pensión de invalidez por riesgo común.

21.2 En sentencia de tutela T- 1036 de 2008 esta Corporación analizó el supuesto en el que la accionante solicitaba el reconocimiento de la pensión de sobreviviente ante el fallecimiento de quien era su esposo y el cual había sido negado por cuanto no se cumplió con el requisito de fidelidad al sistema, pues no tenía el 20% del tiempo de cotización exigido entre los 20 años de edad y la época de deceso.

En esta ocasión, trayendo a colación los argumentos previamente expuestos y que tuvieron su origen en el análisis de la pensión de invalidez, esta Corte consideró que con el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente eran más estrictos, debido a la creación del requisito de fidelidad al sistema, por lo que su aplicación podría tener un impacto desproporcionado sobre madres cabeza de familia y sus hijos e hijas.

En este caso dicha afectación se tradujo en la circunstancia de que el compañero de la accionante era quien satisfacía las necesidades de ella y de sus menores hijas y si se

hubiera aplicado el artículo original de la Ley 100 de 1993 hubiera tenido derecho al reconocimiento de la pensión, razón por la cual esta Corporación aplicó la excepción de inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 a fin de proteger los derechos fundamentales de la accionante y ordenó a la entidad demandada estudiar la solicitud de pensión bajo las disposiciones de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

22. Posteriormente ante esta Corporación se presentó demanda de inconstitucionalidad en contra los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que contenían el requisito de fidelidad al sistema, así como demanda contra el numeral 1° y 2° del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 que modificó el requisito en cuanto a semanas y añadió el requisito de fidelidad para acceder a la pensión de invalidez.

22.1 En sentencia de constitucionalidad C-428 de 2009 esta Corporación resolvió declarar exequible los numerales demandados del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 que regula los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, salvo la expresión “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 primea calificación del estado de invalidez”, contenida en ambos numerales.

En dicha providencia se hizo referencia a) al principio de progresividad de los derechos sociales constitucionales y la prohibición de regresividad, que implica que sólo es justificable la regresividad de manera excepcional ante la existencia de imperiosas razones que hagan necesario el retroceso en el desarrollo de un derecho social, b) al principio de favorabilidad en materia laboral, que involucra la aplicación y la interpretación más favorable de las fuentes del derecho en caso de una duda seria, objetiva y razonable; c) la potestad de configuración del legislador en la regulación del derecho a la seguridad social en pensiones y d) los principios de razonabilidad y proporcionalidad en los tránsitos legislativos en materia pensional.

Asimismo, en dicho fallo se hizo referencia a la jurisprudencia de tutela frente al tema de tránsito normativo que modificó los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. De este modo, se señaló que se había inaplicado por inconstitucionales los requisitos de la Ley 860 de 2003 por las razones que ya fueron aducidas en el numeral 21 de esta sentencia.

Con base en todo lo anterior, la Sala Plena de esta Corporación consideró que el requisito

adicional de fidelidad contenido en la Ley 860 de 2003 es más gravoso para el acceso a la pensión de invalidez, no hay población que se beneficie con dicha norma y no se advierte una conexión entre el fin de la norma -promoción de la cultura de la afiliación a la seguridad social y control de los fraudes- con los efectos producidos por la misma, antes lo que se logra advertir es un agravamiento a las personas a las que antes no se les exigía este requisito, en especial si son personas de la tercera edad.

De este modo, se concluyó que el costo social es mayor que el beneficio que reportaría a la comunidad, de allí que no se lograra desvirtuar la presunción de regresividad de este requisito ni se lograra justificar la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos en la norma.

22.2 En sentencia de constitucionalidad C-556 de 2009 esta Corporación declaró inexecutable los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, los cuales contenían la imposición del requisito de fidelidad para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

En dicho fallo esta Corporación, luego de hacer referencia a la pensión de sobreviviente en el sistema de seguridad social y al principio de progresividad de los derechos sociales consideró que la norma demandada aumentó los requisitos previstos en la Ley 100 de 1993 para obtener el derecho a la referida pensión, al consagrar el requisito de la fidelidad al sistema, haciéndolo más riguroso y desconociendo la naturaleza de la prestación, cual es el cubrimiento del riesgo del fallecimiento del afiliado respecto de sus beneficiarios, y no la acumulación de capital.

Concluyó que la medida es regresiva, pues con la pretensión de proteger la viabilidad del sistema, se desconoció la finalidad de la pensión de sobreviviente cual es “procurar amparar a las personas, que necesitan atender sus necesidades, sin mengua adicional por la contingencia de la muerte del afiliado de quien dependían”.

23. Luego de la declaratoria de inconstitucionalidad del requisito de fidelidad para acceder a la pensión de invalidez y de sobreviviente, un nuevo problema jurídico tuvo que abordar esta Corporación relacionado con el requisito anotado, por cuanto pese a lo sucedido con anterioridad, los fondos administradores de pensiones y las autoridades judiciales encargadas de resolver acerca del reconocimiento de estas pensiones, exigían el requisito

de fidelidad cuando la pensión solicitada se había estructurado con anterioridad a la declaratoria de la inexequibilidad de dicho requisito.

Frente a esta problemática, de manera uniforme y constante, esta Corporación determinó que es deber inaplicar el requisito de fidelidad para el reconocimiento de la pensión de invalidez y de sobreviviente cuando la misma se estructuró con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad de dicho requisito, por cuanto las sentencias de constitucionalidad reconocieron una situación inconstitucional. En otros términos, reafirmaron el carácter irregular de las disposiciones, que, como se vio, ya había sido evidenciada en sentencias de tutela, por lo que este requisito siempre se ha considerado inconstitucional. Además, con su inaplicación, se salvaguarda el derecho a la igualdad en la aplicación del precedente.

23.1 Así, en sentencia de tutela T- 064 de 2013, esta Corporación analizó el caso en el que a una persona se le dictaminó la pérdida de su capacidad laboral en un porcentaje mayor al 50% con fecha de estructuración del 19 de marzo de 2009, y a la que le fue negado el reconocimiento de la pensión de invalidez por cuanto no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema, el cual estaba vigente al momento de estructurarse la invalidez.

En esta ocasión, la Sala reiteró que el requisito establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 referente a la fidelidad al sistema, es inconstitucional al ser regresivo y que en caso de considerarse que la interpretación que sustenta su exigencia es razonable, en virtud del principio pro homine, se debe preferir aquella que sea más garantista a los derechos fundamentales del actor, esto es, la no aplicación del requisito de fidelidad en ningún caso.

Con base en lo anterior, se resolvió ordenar a la entidad accionada el reconocimiento de la pensión de invalidez del accionante, sin tener en cuenta el requisito de fidelidad de cotización con el sistema.

23.2 De igual forma en sentencia de tutela SU-132 de 2013, esta Corporación analizó el caso en el que autoridades judiciales en el marco de un proceso ordinario laboral negaron el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a la accionante, al considerar que no se cumplió con el requisito de fidelidad al sistema, el cual era exigible en razón a que la muerte del asegurado se estructuró en vigencia de dicha normatividad.

En dicho fallo, la Sala Plena de esta Corporación luego de dar cuenta del desarrollo jurisprudencia sobre inaplicación del requisito de fidelidad al sistema contenido en la Ley 797 de 2003 para la pensión de sobreviviente, consideró que el mencionado requisito siempre se ha considerado contrario a la Constitución en razón al incumplimiento del principio de progresividad y a la prohibición de regresividad, y que la sentencia C- 566 de 2009 confirmó la línea jurisprudencial que se había desarrollado en materia de tutela que inaplicaba dicho presupuesto.

En razón a lo anterior, consideró que se había configurado un defecto en las providencias judiciales evaluadas y ordenó dejar sin efecto las providencias laborales acusadas y ordenar al fondo de pensiones que reconozca y liquide la pensión de sobreviviente de la accionante.

24. Finalmente, se ha de señalar que el desconocimiento de la anterior sub regla por parte de las autoridades judiciales configura dos defectos, el desconocimiento del precedente y a su vez la violación directa de la Constitución, por cuanto, se reitera es deber de las autoridades judiciales inaplicar el requisito de fidelidad en los casos en que se estructuró la situación de invalidez o el fallecimiento del afiliado antes de la declaratoria de inexequibilidad, pues dicho requisito contradice la Constitución al imponer medidas regresivas sin ninguna justificación, criterio que ha sido constantemente expuesto por esta Corporación, incluso antes de la declaratoria de su inconstitucionalidad.

Casos concretos

25. Así, definido los supuestos de hecho base de los expedientes de tutela de la referencia y las consideraciones jurídicas pertinentes para la solución de los problemas jurídicos expuestos, pasa esta Sala a resolver los casos concretos.

Requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez

26. En primer lugar, esta Sala analizará los casos en los que se negó el reconocimiento de la pensión de invalidez por el incumplimiento del requisito de cotizar 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, contenido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. Estos son los

casos de los expedientes: T-3.983.906, T-3.985.384 y T-3.991.396.

27. Ferney Quintero Guerrero (T-3.983.906) solicita por medio de esta acción de tutela el reconocimiento de la pensión por invalidez con base en el artículo original de la Ley 100 de 1993, la cual fue negada por Colfondos S.A. por no cumplir con el requisito nuevo de haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a partir de la fecha de la estructuración.

27.1 En este caso, evidencia la Sala que en el dictamen sobre porcentaje de pérdida de capacidad laboral realizado al accionante, se le dictaminó una disminución de la capacidad laboral en un 60.95% con fecha de estructuración 2 de noviembre de 2011. Dicha fecha de estructuración, según consta en el acta, tuvo en cuenta la fecha en que se diagnosticó que padecía de sarcoma de kaposi como consecuencia del diagnóstico del VIH y se concluyó que se trataba de secuelas definitivas.

A su vez, consta en el expediente, por información suministrada por Colfondos S.A., que el peticionario tiene activa la cuenta de ahorro individual con fines pensionales, que a la fecha cuenta con un total de 206.86 semanas cotizadas y que consta que el último período cotizado fue junio de 2013.

27.2 Con base en lo anterior, en primer lugar, esta Sala considera que en este caso no es posible aplicar el artículo original de la Ley 100 de 1993 que establecía como requisito para acceder a la pensión de invalidez, el haber cotizado veintiséis (26) semanas al momento de producirse el estado.

Lo anterior, por cuanto, a) como se vio en las consideraciones generales de esta providencia, el requisito de las 50 semanas de cotización en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, reforma realizada por medio de la Ley 860 de 2003, fue declarado ajustado a la Constitución por esta Corporación y b) en razón a que la estructuración de la invalidez en este caso ocurrió con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva normatividad.

En segundo lugar, en este caso se ha de tener en cuenta que el accionante padece de una enfermedad degenerativa, por la cual se le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%. Empero, dicha situación, tal como se observa de las pruebas obrantes en el expediente, no conllevó a que el accionante dejará de trabajar, por cuanto luego de la

fecha de la estructuración de la invalidez, constan cotizaciones a su favor en el sistema general de seguridad social en pensiones.

En este sentido, el fondo de pensiones ha de tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez hasta tanto el petitionerio efectivamente hubiere dejado de trabajar o de cotizar al sistema.

27.3 Con base en lo expuesto, y dadas las circunstancias de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante, las cuales se hicieron explicitas en el numeral 3.2 de esta providencia, esta Corporación revocará la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Medellín, por medio de la cual confirmó la providencia del Juzgado Veintiocho Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, que resolvió negar por improcedente la acción de tutela presentada por Ferney Quintero Guerrero; y en su lugar amparará los derechos a la seguridad social del accionante

En consecuencia, ordenará a Colfondos S.A. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de esta providencia, determine si Ferney Quintero Guerrero tiene derecho a la pensión de invalidez, para lo cual ha de tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez hasta la fecha en que efectivamente dejó de laborar y de hacer cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones. Y de encontrar cumplido el requisito de las semanas cotizadas al sistema, inicie el trámite correspondiente para cancelar tal pensión, procedimiento que no podrá exceder de dos (2) meses calendario.

28. Ricardo Pahuana Navarro (T-3.985.384) solicita por medio de esta acción de tutela el reconocimiento de la pensión por invalidez, la cual fue negada por Colpensiones, por no cumplir con el requisito de haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a partir de la fecha de la estructuración.

28.1 De las pruebas obrantes en el expediente, se constata que en el dictamen sobre porcentaje de pérdida de capacidad laboral realizado al accionante, se le dictaminó una disminución de la capacidad laboral en un 56.66% con fecha de estructuración 19 de noviembre de 2010. El dictamen concluye que la fecha de la estructuración de la invalidez es la misma fecha en la que se le realizó al accionante el examen de “gamagrafía ósea/pierna derecha”.

Del mismo modo, verificada la historia laboral del peticionario conforme con el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones, se evidencia que el peticionario se encuentra en estado activo y que ha cotizado un total de 81.28 semanas desde el 1 de abril de 2012 al 31 de octubre de 2013.

28.2 Con base en lo anterior, en este caso se ha de tener en cuenta que posterior a la fecha de la estructuración de invalidez constan semanas cotizadas al sistema general de seguridad social en pensiones, las cuales, como se vio en el fundamento jurídico de esta sentencia, deben ser tenidas en cuenta para efectos de evaluar el reconocimiento de la pensión de invalidez del accionante.

28.3 Con base en lo expuesto, y dadas las circunstancias de debilidad manifiesta en la que se encuentra el accionante y que se hicieron explícitas en el numeral 3.3 de esta providencia, esta Corporación revocará la sentencia proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio de la cual resolvió no tutelar los derechos fundamentales de petición y mínimo vital de Ricardo Pahuana Navarro; y en su lugar amparará los derechos a la seguridad social del accionante.

En consecuencia, se ordenará a Colpensiones S.A. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de esta providencia, determine si Ricardo Pahuana Navarro tiene derecho a la pensión de invalidez, para lo cual ha de tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez hasta la fecha en que efectivamente dejó de laborar y de hacer cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones. Y de encontrar cumplido el requisito de las semanas cotizadas al sistema, inicie el trámite correspondiente para cancelar tal pensión, procedimiento que no podrá exceder de dos (2) meses calendario.

29. Yenith Amparo Gómez (T- 3.991.396) solicita por medio de esta acción de tutela el reconocimiento de la pensión por invalidez, la cual fue negada por Colfondos S.A. tras considerar que la accionante no cumplía con el requisito de haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a partir de la fecha de la estructuración.

29.1 En este caso, evidencia la Sala que en el dictamen sobre porcentaje de pérdida de capacidad laboral realizado a la accionante, se le dictaminó una disminución de la capacidad laboral en un 52.40% con fecha de estructuración 31 de julio de 2009. Asimismo,

en el expediente consta, por información suministrada por Colfondos S.A., que la peticionaria tiene activa la cuenta de ahorro individual con fines pensionales, que a la fecha cuenta con un total de 210.71 semanas cotizadas con fecha de inicio en febrero de 2006 y vigente a la fecha.

29.2 Con base en lo anterior, esta Sala constata en el fondo de pensiones accionado consta actualmente las semanas cotizadas por la accionante desde febrero de 2006 hasta la fecha, de allí que la circunstancia por ella aludida relacionada con que equivocadamente se habían efectuando las cotizaciones en otro fondo fue superada.

Ahora bien, en lo relacionado con la negativa de la entidad accionada de tener en cuenta las semanas cotizadas que fueron pagadas de manera extemporánea, esta Sala reitera[15] que dicho argumento no es válido frente al trabajador, por cuanto a éste se le efectúan los respectivos descuentos y es al empleador a quien le corresponde hacer el pago de los respectivos aportes al fondo de pensiones. Además, las entidades administradoras tienen mecanismos para cobrar y sancionar al empleador ante la mora en el pago de los aportes[16], de allí que no puede alegar la propia negligencia a su favor. Asimismo una vez aceptado, por la administradora, el pago en forma extemporánea se entenderá como efectivo y, por tanto, se traducirá en tiempo de cotización[17].

29.3 Con base en lo expuesto, y dadas las circunstancias de debilidad manifiesta en la que se encuentra la accionante y que se hicieron explícitas en el numeral 3.4 de esta providencia, esta Corporación amparará los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de Yenith Amparo Gómez y, en consecuencia, ordenará a Colfondos S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de esta providencia, determine si tiene derecho a la pensión de invalidez, para lo cual ha de tener en cuenta las cotizaciones producto del pago extemporáneo, la totalidad de semanas cotizadas, incluso las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez hasta la fecha en que efectivamente dejó de laborar y de hacer cotizaciones al sistema general de seguridad social en pensiones. Y de encontrar cumplido el requisito de las semanas cotizadas al sistema, inicie el trámite correspondiente para cancelar tal pensión, procedimiento que no podrá exceder de dos (2) meses calendario.

Requisito de fidelidad al sistema para acceder a la pensión de invalidez y de sobreviviente

30. En segundo lugar, esta Sala analizará los casos en los que se solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez y de sobreviviente sin tener en consideración el cumplimiento del requisito de fidelidad al sistema, incluso cuando la estructuración del elemento causante de la pensión sucedió con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad de dicho presupuesto.

En este contexto, se ha de diferenciar dos escenarios, en uno se trata de la exigencia de dicho requisito por parte del fondo administrador de pensiones (T-3.974.993) y en la otra de dicha exigencia por parte de autoridades judiciales en el marco de un proceso ordinario laboral (T-3.984.021, T- 3.986.393)

31. Luis Adolfo Gamba Díaz (T- 3.974.993) solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue negada por el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. en razón a que no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema.

31.1 De las pruebas obrantes en el expediente se evidencia que al accionante le fue dictaminada una pérdida de la capacidad laboral en un 54.05%, con fecha de estructuración del 8 de agosto de 2006, producto de un accidente de origen común; que cotizó en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez un total de 60.71 semanas y que el reconocimiento de la pensión le fue negado por no cumplir con el requisito de fidelidad al sistema, el cual estaba vigente al momento de la estructuración.

Asimismo, consta que ante el no reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez, la entidad accionada procedió a efectuar la devolución de saldos.

31.2 Con base en lo anterior, esta Sala considera que la actuación de la entidad accionada vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, por cuanto la exigencia de cumplir con el requisito de fidelidad al sistema, desconoce el deber derivado de la jurisprudencia constante de esta Corporación de inaplicar la norma que lo contenía, el cual esta sustentado al ser este presupuesto inconstitucional y regresivo en materia de derechos sociales.

31.3 Con base en lo expuesto, dadas las circunstancias de debilidad manifiesta en la que se

encuentra el accionante y que se hicieron explícitas en el numeral 3.1 de esta providencia, verificado su porcentaje de discapacidad y el cumplimiento del requisito de cotizar 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, esta Corporación amparará los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de Luis Adolfo Gamba Díaz y en consecuencia, ordenará al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contado a partir de la notificación de esta providencia, reconozca al accionante su derecho a la pensión de invalidez inaplicando para ello el requisito de fidelidad al sistema que antes se le había exigido, tome las acciones pertinentes para la devolución de los saldos cancelados e inicie el trámite correspondiente para cancelar la pensión, procedimiento que no podrá exceder de dos (2) meses calendario.

32. Dalia Rosa Ruiz Peñaloza (T-3.986.393) presentó acción de tutela contra la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Barranquilla, por cuanto en un proceso ordinario laboral negó el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez, en razón a que no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema y revocó la sentencia del juez de primera instancia que había reconocido su derecho sin la exigencia del mencionado requisito.

32.1 Superada la procedencia de esta acción de tutela conforme quedó expuesto en el numeral 5 de esta providencia, esta Sala considera que la sentencia del tribunal accionado incurrió en dos defectos, el de desconocimiento del precedente y el de la violación directa a la Constitución, al exigir el cumplimiento del requisito de fidelidad al sistema para el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez.

Lo anterior, por cuanto es constante y uniforme la jurisprudencia de esta Corporación que impone la inaplicación del referido requisito al definir que es un presupuesto que desconoce la Constitución, por ser regresivo y contradecir de este modo el principio de progresividad. Dicha jurisprudencia ya existía en el momento en que el Tribunal de Barranquilla profirió la sentencia laboral que se censura, incurriéndose de este modo en los defectos señalados.

32.2 Con base en lo expuesto, esta Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social de la accionante y, en consecuencia dejará sin efecto la sentencia proferida el 31 de mayo de 2012 por la Sala Laboral de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, proferida dentro del proceso ordinario promovido por

Dalia Rosa Ruiz Peñaloza contra el ISS y ordenará a Colpensiones, entidad que fue debidamente notificada de este trámite de tutela, cumplir la sentencia proferida el 14 de junio de 2011, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, en la que se le condenó a reconocer y pagarle a la accionante la pensión de invalidez de conformidad con el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990 a partir del 20 de diciembre de 2007, fecha de la estructuración de la invalidez.

33. Beatriz Ramona Ávila Corrado (T-3.984.021) presentó acción de tutela contra la Sala Laboral de Descongestión del Tribunal Superior de Barranquilla y el Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, por cuanto en un proceso ordinario laboral negó el reconocimiento del derecho a la pensión de sobreviviente, en razón a que al momento de fallecer el asegurado no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema, y revocó la sentencia del juez de primera instancia que había reconocido su derecho sin la exigencia del mencionado requisito.

33.1 Superada la procedencia de esta acción de tutela conforme quedó expuesto en el numeral 5 de esta providencia, esta Sala considera que la sentencia del tribunal accionado incurrió en dos defectos, el de desconocimiento del precedente y el de la violación directa a la Constitución, al exigir el cumplimiento del requisito de fidelidad al sistema para el reconocimiento del derecho a la pensión de sobreviviente.

“el juez competente empleó una interpretación normativa sin tener en cuenta que ésta resultaba contraria a los derechos y principios consagrados en la Carta Fundamental. Por lo tanto, basó su decisión en una norma que, de acuerdo con el principio de interpretación conforme a la Constitución, no podría existir en nuestro ordenamiento. En consecuencia, se expide un fallo con fundamento en normas que, siendo de menor jerarquía, van en contra de los principios y derechos establecidos en la Constitución Política y, así, se genera un quebrantamiento de la misma”.

33.2 Con base en lo expuesto, esta Sala amparará los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social de la accionante y, en consecuencia, dejará sin efecto la sentencia proferida el 23 de abril de 2012 por la Sala Laboral de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, proferida dentro del proceso ordinario promovido por Beatriz Ramona Ávila Corrado contra el ISS y ordenará a Colpensiones cumplir la

sentencia proferida el 27 de mayo de 2011 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, en la que se le condenó a reconocer y pagarle a la accionante la pensión de sobreviviente a la que tiene derecho en calidad de cónyuge supérstite del afiliado fallecido Jaime Enrique García Peñaranda a partir del 19 de diciembre de 2003.

34. Finalmente, esta Sala considera necesario reiterar que siendo la primacía de la Constitución, la igualdad, la confianza legítima y la seguridad jurídica, principios fundamentales en este ordenamiento jurídico, constituye un imperativo la aplicación de las subreglas determinadas de manera constante en la jurisprudencia, en los casos que son análogos a éstos, esto es, la aplicación el precedente judicial.

En este sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterada en determinar que es un deber inaplicar el requisito de fidelidad para el reconocimiento de la pensión de invalidez y de sobreviviente incluso cuando la misma se estructuró con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad de dicho requisito, por lo que una vez más[18], esta Sala llamará la atención a los fondos administradores de pensiones y a las autoridades judiciales a aplicar el precedente marcado por esta Corporación.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Cartago, Valle del Cauca, por medio de la cual confirmó la providencia del Juzgado Cuarto Penal Municipal con Función de Conocimiento de Cartago, Valle del Cauca, que declaró improcedente la acción de tutela presentada por Luis Adolfo Gamba Díaz; y en su lugar amparar los derechos a la seguridad social del accionante (T-3.974.993).

Segundo: En consecuencia, ordenar al Fondo de Pensiones y Cesantías, Protección S.A., que, en el término de cinco (5) días contado a partir de la notificación de esta providencia, reconozca a Luis Adolfo Gamba Díaz, identificado con cédula de ciudadanía 2.474.233 su derecho a la pensión de invalidez inaplicando para ello el requisito de fidelidad al sistema

previsto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, e inicie el trámite correspondiente para cancelar tal pensión, procedimiento que no podrá exceder de cuatro (4) meses, y tome las acciones pertinentes para la devolución de los saldos cancelados (T-3.974.993)

Tercero: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Penal del Circuito de Medellín, por medio de la cual confirmó la providencia del Juzgado Veintiocho Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Medellín, que resolvió negar por improcedente la acción de tutela presentada por Ferney Quintero Guerrero; y, en su lugar, amparar los derechos a la seguridad social del accionante (T-3.983.906)

Cuarto: En consecuencia, ordenar a Colfondos S.A. que, en el término de cinco (5) días contado a partir de la notificación de esta providencia, determine si Ferney Quintero Guerrero, identificado con cédula de ciudadanía 15.924.939, tiene derecho a la pensión de invalidez, para lo cual ha de tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez hasta la fecha en que efectivamente dejó de laborar y de hacer cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Y de encontrar cumplido el requisito de las semanas cotizadas al sistema, inicie el trámite correspondiente para cancelar tal pensión, procedimiento que no podrá exceder de cuatro (4) meses (T-3.983.906).

Quinto: Revocar la sentencia proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Barranquilla, por medio de la cual resolvió no tutelar los derechos fundamentales de petición y mínimo vital de Ricardo Pahuana Navarro; y, en su lugar, amparar los derechos a la seguridad social del accionante (T-3.985.384)

Sexto: En consecuencia, ordenar a Colpensiones S.A. que, en el término de cinco (5) días contado a partir de la notificación de esta providencia, determine si Ricardo Pahuana Navarro, identificado con cédula de ciudadanía 27.254.498, tiene derecho a la pensión de invalidez, para lo cual ha de tener en cuenta las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez hasta la fecha en que efectivamente dejó de laborar y de hacer cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Y de encontrar cumplido el requisito de las semanas cotizadas al sistema, inicie el trámite correspondiente para cancelar tal pensión, procedimiento que no podrá exceder de cuatro (4) meses (T-3.985.384).

Séptimo: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pitalito, Huila, por medio de la cual confirmó la providencia del Juzgado Tercero Penal Municipal de Pitalito, Huila, que declaró improcedente la acción de tutela presentada por Yenith Amparo Gómez y, en su lugar, amparar sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital (T-3.991.396)

Octavo: En consecuencia, ordenar a Colfondos S.A. que, en el término de cinco (5) días contado a partir de la notificación de esta providencia, determine si Yenith Amparo Gómez, identificada con cédula de ciudadanía 36.275.996, tiene derecho a la pensión de invalidez, para lo cual ha de tener en cuenta las cotizaciones producto del pago extemporáneo, la totalidad de semanas cotizadas, incluso las semanas cotizadas con posterioridad a la fecha de la estructuración de la invalidez hasta la fecha en que efectivamente dejó de laborar y de hacer cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones. Y de encontrar cumplido el requisito de las semanas cotizadas al sistema, inicie el trámite correspondiente para cancelar tal pensión, procedimiento que no podrá exceder de cuatro (4) meses (T-3.991.396).

Noveno: Revocar la decisión de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la misma Corporación, por medio de la cual resolvió negar por improcedente la acción de tutela presentada por Beatriz Ramona Avila Corrado y, en su lugar, amparar el derecho al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante (T-3.984.021).

Décimo: Dejar sin efecto la sentencia proferida el 23 de abril de 2012 por la Sala Laboral de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, proferida dentro del proceso ordinario promovido por Beatriz Ramona Ávila Corrado contra el ISS, hoy Colpensiones (T-3.984.021).

Décimo primero: Ordenar a Colpensiones que, en el término de cinco (5) días, contado a partir de la notificación de esta sentencia, cumpla la sentencia proferida el 27 de mayo de 2011 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Barranquilla, en la que se le condenó a reconocer y pagarle a la accionante la pensión de sobreviviente a la que tiene derecho en calidad de cónyuge supérstite del afiliado fallecido Jaime Enrique García Peñaranda, a partir del 19 de diciembre de 2003 (T-3.984.021).

Décimo segundo: Revocar la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que negó por improcedente la tutela presentada por Dalia Rosa Ruiz Peñaloza y, en lugar, amparar el derecho al debido proceso, a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante (T-3.986.393).

Décimo tercero: Dejar sin efecto la sentencia del 31 de mayo de 2012 emitida por la Sala Laboral de Descongestión Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla, proferida dentro del proceso ordinario promovido por Dalia Rosa Ruiz Peñaloza contra el ISS (T-3.986.393).

Décimo cuarto: Ordenar a Colpensiones, que en el término de cinco (5) días, contado a partir de la notificación de esta sentencia, cumpla la sentencia proferida el 14 de junio de 2011 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Barranquilla, en la que se le condenó a reconocer y pagar a Dalia Rosa Ruiz Peñaloza la pensión de invalidez de conformidad con el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 20 de diciembre de 2007, fecha de la estructuración de la invalidez (T-3.986.393).

Décimo quinto: Solicitar a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, difundir entre todos los despachos judiciales del país los razonamientos de esta providencia, para que en lo sucesivo no se desconozca el derecho a la pensión a quienes lo hayan adquirido y se les hubiera negado por no cumplir con el requisito de fidelidad al sistema.

Décimo sexto: Solicitar a la Superintendencia Financiera difundir en los fondos de pensiones del país los razonamientos de esta providencia, para que en lo sucesivo no desconozcan el reconocimiento del derecho a la pensión a quienes lo hayan adquirido y se les hubiera negado por no cumplir con el requisito de fidelidad al sistema.

Décimo séptimo: Dar por secretaría cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

A LA SENTENCIA T-886/13

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Se debió estudiar el fenómeno de la prescripción en cada caso particular (Salvamento parcial de voto)

Referencia: Expedientes Acumulados T-3.974.993, T-3983.906, T-3.984.021, T-3.985.384, T-3.986.393 y T-3991.396

Acción de tutela instaurada por Luis Adolfo Gamba Díaz contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Ferney Quintero Guerrero contra Colfondos S.A. Beatriz Ramona Ávila en nombre propio y en representación de su hija contra la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones; Dalia Rosa Ruiz Peñalosa contra la Sala Laboral del Tribunal Superior de Barranquilla y Yenith Amparo Gómez contra Colfondos S.A.

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Con el respeto que siempre me merecen las decisiones de esta Corte, me permito salvar parcialmente mi voto a la decisión mayoritaria por cuanto estimo que:

Aunque la decisión a la que llega la Sala es correcta, en los expedientes T-3.984.021 y T-3.986.393, se deja sin efectos las sentencias proferidas en segunda instancia, en consecuencia, la Sala debió pronunciarse de fondo y no confirmar una decisión que se encontraba ya revocada, luego debía estudiar el fenómeno de la prescripción en cada caso particular

Fecha ut supra,

Magistrado

[1] T-451-13, SU-132-13, T-270-13, T-118-13, T-072-13, T-064-13, T-869-09, T-063-09, T-103-08.

[2] C-590-05.

[3] Artículo 5° de la Ley 270 de 1996: La Rama Judicial es independiente y autónoma en el ejercicio de su función constitucional y legal de administrar justicia. Ningún superior jerárquico en el orden administrativo o jurisdiccional podrá insinuar, exigir, determinar o aconsejar a un funcionario judicial para imponerle las decisiones o criterios que deba aportar a sus providencias.

[4] C-590-05.

[5] T-842-06, T-453-10, T-852-11, T-179-13.

[6] T-259-12.

[7] T- 411-04, reiterada T-888-10.

[8] T-573-97, T-329-96

[9] T-567-98.

[10] SU-132-13.

[11] T-699A-07, T-509-10, T -710-09, T-268-11, T-671-11, T-022-13,T-143-13

[12] “Por medio de la cual se aprueba la “Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad”, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006”.

[13] Artículo 4: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)”.

[14] Al respecto ver, entre muchas otras, T-974-05, T-1291-05, T-221-06, T-043-07, T-580-07, T-628-07, T-699-07, T-1048-07, T-069-08, T-103-08, T-104-08, T-590-08, T-1040-08, T-1036-08

[15] C-177-98, Su-430-98, T-205-02, T-668-07, T-239-08, T-916-08, T-1203-08, T-451-13

[16] Los artículos 23 y 24 de la Ley 100 de 1993 señalan que “los aportes que no se consignen dentro de los plazos señalados para el efecto, generarán un interés moratorio a cargo del empleador, igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios. Estos intereses se abonarán en el fondo de reparto correspondiente o en las cuentas individuales de ahorro pensional de los respectivos afiliados, según sea el caso. Los ordenadores del gasto de las entidades del sector público que sin justa causa no dispongan la consignación oportuna de los aportes, incurrirán en causal de mala conducta, que será sancionada con arreglo al régimen disciplinario vigente. En todas las entidades del sector público será obligatorio incluir en el presupuesto las partidas necesarias para el pago del aporte patronal a la Seguridad Social, como requisito para la presentación, trámite y estudio por parte de la autoridad correspondiente” (artículo 23) y que “corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo” (artículo 24).

[17]T-664-04, T-043-07, T-223-12.

[18] En sentencia T-453-2011 se dispuso solicitar a la Sala Administrativa del Consejo

Superior de la Judicatura difundir entre todos los despachos judiciales del país los anteriores razonamientos, reiterados en esa providencia, para que en lo sucesivo evitaran desconocer una pensión a quienes hayan adquirido el derecho respectivo, negado en razón a la insatisfacción de la fidelidad al sistema.