

Sentencia T-435/18



Referencia: expedientes acumulados T-6546704, T-6570630, T-6583898 y T-6704865.

Expediente T-6546704: acción de tutela instaurada por Gertrudy Cañate Berrío contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

Expediente T-6570630: acción de tutela instaurada por Remberto Rafael Bedoya Plaza contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

Expediente T-6583898: acción de tutela instaurada por Gavy Mariela Muñoz Pasuy contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Expediente T-6704865: acción de tutela instaurada por Juan Guillermo Quiroz Zapata contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Magistrada ponente:
DIANA FAJARDO RIVERA

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil dieciocho (2018).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Diana Fajardo Rivera –quien la preside–, y los Magistrados Luis Guillermo Guerrero Pérez y Alejandro Linares Cantillo, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y previo cumplimiento de los requisitos, y trámites legales y reglamentarios, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los siguientes fallos:

Expediente	Sentencias de instancia
------------	-------------------------

T-6546704	Primera instancia: sentencia del 12 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Segundo de Familia - Oral de Barranquilla (Atlántico).
	Segunda instancia: sentencia del 20 de septiembre de 2017, proferida por la Sala Séptima de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla (Atlántico).
T-6570630	Primera instancia: sentencia del 19 de septiembre de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Montería (Córdoba).
	Segunda instancia: sentencia del 27 de octubre de 2017, proferida por la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería (Córdoba).
T-6583898	Única instancia: sentencia del 5 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de San Juan de Pasto (Nariño).
T-6704865	Primera instancia: sentencia del 22 de diciembre de 2017, proferida por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chinchiná (Caldas).
	Segunda instancia: sentencia del 22 de enero de 2018, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Chinchiná (Caldas).

Mediante auto del 26 de enero de 2018, la Sala de Selección Número Uno de la Corte Constitucional decidió seleccionar para su revisión el expediente T-6545704 y disponer su acumulación al expediente T-6522376, respecto del cual la Sala de Selección Número Doce de la Corte Constitucional, en auto del 15 de diciembre de 2017, había resuelto su selección y reparto a la Sala de Revisión presidida por la Magistrada Diana Fajardo Rivera. A su vez, a través de auto del 20 de marzo de 2018, la Magistrada sustanciadora decretó la desacumulación procesal de los expedientes T-6522376 y T-6545704, tras advertir la necesidad de que los mismos sean fallados de manera separada, por no presentar unidad sustancial de materia.

Por su parte, la Sala de Selección Número Dos de la Corte Constitucional, en auto del 16 de febrero de 2018, escogió y acumuló los expedientes T-6566783, T-6570630 y T-6583898, cuyo reparto le correspondió a la Sala Segunda de Revisión de esta Corporación. Sin embargo, luego de encontrar que el primero de estos tres asuntos no guardaba unidad de materia con los otros dos, en auto del 20 de marzo de 2018 la Magistrada sustanciadora determinó la desacumulación de dicho expediente, a fin de que sea fallado por separado. Adicionalmente, en la misma providencia, por tratarse de casos con identidad de problemas jurídicos, se resolvió la acumulación de los radicados T-6570630 y T-6583898 al expediente T-6545704.

Finalmente, a través de auto del 27 de abril de 2018, la Sala de Selección Número Cuatro de la Corte Constitucional decidió seleccionar para su revisión el expediente T-6704865 y repartir su conocimiento a la Sala Segunda de Revisión. Luego de observar la unidad sustancial de materia, la Magistrada sustanciadora dispuso la acumulación de este último asunto a los expedientes T-6545704, T-6570630 y T-6583898, a fin de que sean resueltos en la presente sentencia.

I. ANTECEDENTES

1. Expediente T-6546704: acción de tutela instaurada por Gertrudy Cañate Berrío, a través de apoderado judicial, contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

1.1. Hechos

1.1.1. La señora Gertrudy Cañate Berrío (accionante) es una persona de 54 años de edad,¹ a quien, por tratarse de “*paciente con cuadro secuela hemorragia subaracnoidea de inicio en el 2013, con secuela de epilepsia con crisis 5-6 veces mes (sic) [...] hipertensa sin daño renal, con depresión y deterioro cognitivo leve, [...] cefalea constante persistente y severa e insuficiencia venosa sin anticoagulación en miembros inferiores*”, el 29 de marzo de 2016 Colpensiones le dictaminó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral correspondiente al 56.1%, con fecha de estructuración el 17 de febrero de 2016, causada por enfermedad degenerativa de alto costo, catastrófica y de origen común.²

1.1.2. Posteriormente, la peticionaria controversió la fecha de estructuración fijada por Colpensiones, lo cual fue resuelto por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, mediante dictamen del 10 de agosto de 2016, en el que finalmente se dispuso que la pérdida de capacidad laboral conceptuada por la administradora pensional se estructuró el 25 de noviembre de 2014.³

1.1.3. Teniendo en cuenta lo anterior, la señora Cañate Berrío solicitó ante la accionada el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en su favor. Este requerimiento fue negado mediante Resolución del 20 de enero de 2017, luego de considerar que: (i) “*no se cumple con el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez*”, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003; y (ii) no era aplicable el régimen pensional inmediatamente anterior (artículo 39 de la Ley 100 en su redacción original), pues la actora no había

¹ Vid. Folio 73 del cuaderno principal (en adelante, siempre que se haga alusión a un folio deberá entenderse que corresponde al cuaderno principal, a menos que se diga otra cosa).

² Vid. Dictamen proferido por Colpensiones. Folios 22 a 31.

³ Vid. Folios 32 y 33.

cotizado 26 semanas durante el año previo a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral.⁴ Decisión que fue confirmada en Resolución del 3 de abril de 2017, en la que Colpensiones, al conocer el recurso de reposición instaurado por la accionante, insistió en negar la pensión de invalidez, pues “*el parámetro de referencia tenido en cuenta que para la fecha de validación de los requisitos legales y contabilización de semana es la fecha del dictamen, esto es, el 29 de marzo de 2016, es decir que cuenta con 0,0 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la fecha del dictamen, requiriéndose, como ya se mencionó, 50 semanas cotizadas en ese periodo*”.⁵

1.1.4. **Solicitud.** Ante la negativa de la entidad demandada, el 17 de abril de 2017 la señora Gertrudy Cañate Berrío, a través de apoderado judicial, instauró la acción de tutela de la referencia, en la que solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social y el mínimo vital, entre otros, que estima vulnerados por parte de Colpensiones al negarse a otorgarle la pensión de invalidez, sin tener en cuenta que en su historia laboral se registran más de 1300 semanas de cotización, lo cual, desde su perspectiva, debería ser suficiente para acceder a la prestación, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

1.2. Respuesta de la accionada y de las entidades vinculadas⁶

1.2.1. **Colpensiones:** solicitó declarar la improcedencia del recurso de amparo, por considerar que se incumple el requisito de subsidiariedad, ante la aparente disponibilidad de los medios de defensa susceptibles de ser ejercidos ante la jurisdicción ordinaria.⁷ Posición que fue reiterada por parte del Director de Acciones Constitucionales – Gerencia de Defensa Judicial de Colpensiones, mediante memorial del 7 de junio de 2017.⁸

1.2.2. **Superintendencia de Sociedades – agente liquidador de la empresa Plásticos Vandux de Colombia S.A. en Liquidación Judicial:** con ocasión de la vinculación realizada por el *a quo*,⁹ la Coordinadora del Grupo de Liquidaciones de la Superintendencia de Sociedades dio respuesta a la acción de tutela, en el sentido de señalar que en la misma no se hace alusión a hechos

⁴ Artículo 1º de la Ley 860 de 2003 (“*Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones*”): “[e]l artículo 39 de la Ley 100 quedará así: || Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. 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 (...)”.

⁵ Cfr. Folio 18.

⁶ Mediante auto del 19 de abril de 2017, el Juzgado Segundo de Familia – Oral de Barranquilla resolvió, entre otros, vincular a: (i) la empresa Plásticos Vandux de Colombia S.A. en Liquidación Judicial, a través de la Superintendencia de Sociedades; y (ii) la Junta de Invalidez del Atlántico (folios 95-96) Sin embargo, esta última institución guardó silencio frente a la acción de tutela de la referencia, por lo que sólo se hará alusión a la respuesta otorgada por la primera entidad.

⁷ Vid. Folios 117-119.

⁸ Vid. Folios 251-252.

⁹ Auto del 19 de abril de 2017. Vid. Folios 95-96.

que sean responsabilidad de su representada, por lo que no es posible endilgarle la vulneración de los derechos fundamentales de la actora. Además, insistió en que la entidad sólo funge como juez de insolvencia de la sociedad vinculada.¹⁰

1.3. Decisiones objeto de revisión

1.3.1. Primera instancia: el Juzgado Segundo de Familia – Oral de Barranquilla, en fallo del 12 de junio de 2017, decidió “*denegar por improcedente*” la acción de tutela de la referencia, luego de establecer que en este caso no se evidenciaba la necesidad de conjurar un perjuicio irremediable, por lo que la peticionaria contaba con la jurisdicción ordinaria laboral como escenario natural ante el cual ejercer la defensa de sus intereses.

1.3.2. Segunda instancia: impugnado el fallo de primer grado por la accionante, la Sala Séptima de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla resolvió “*confirmar*” la sentencia controvertida, tras indicar que en este asunto no era posible aplicar el principio de la condición más beneficiosa, pues, desde su perspectiva, “*la normatividad anterior a la Ley 860 de 2003 solo tiene aplicación en aquellos casos en que la estructuración del estado de invalidez se produzca en el periodo de los tres años anteriores a la vigencia de dicha ley, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, cuando ésta comenzó a regir*”¹¹.

2. Expediente T-6570630: acción de tutela instaurada por Remberto Rafael Bedoya Plaza contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones

2.1. Hechos

2.1.1. El señor Remberto Rafael Bedoya Plaza (accionante) es una persona de 65 años de edad,¹² a quien el 15 de abril de 2008 la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar dictaminó pérdida de capacidad laboral correspondiente al 55.92%, con fecha de estructuración el 8 de mayo de 2007,¹³ causada por el diagnóstico de “*amputación traumática de miembro inferior – nivel no especificado, trastorno de estrés postraumático, dolor en articulación y trastorno depresivo recurrente – episodio depresivo grave presente sin síntomas psicóticos*”¹⁴.

2.1.2. Con base en lo anterior, el 6 de diciembre de 2016, el señor Remberto Rafael, a través de apoderado judicial, solicitó a Colpensiones el

¹⁰ Vid. Folios 152-153.

¹¹ Cfr. Folio 16 del Cuaderno de Segunda Instancia.

¹² El accionante nació el 20 de marzo de 1953, según copia del documento de identidad obrante en el folio 17.

¹³ Vid. Folios 25-28.

¹⁴ Cfr. Folio 25.

reconocimiento y pago de pensión de invalidez en su favor,¹⁵ la cual fue negada definitivamente mediante Resolución del 21 de diciembre de 2016, en la que se consideró que: (i) el actor no cumple los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003; (ii) no es posible dar lugar al principio de la condición más beneficiosa, pues tampoco se satisfacen los requisitos exigidos en la legislación inmediatamente anterior (Art. 39 original de la Ley 100 de 1993); y (iii) mediante acto administrativo del 10 de septiembre de 2013, la accionada reconoció a favor del demandante una indemnización sustitutiva de pensión de vejez, basándose en 600 semanas de cotización y por la suma de \$7.819.838.¹⁶ Esta decisión fue confirmada integralmente por la entidad accionada, a través de Resolución del 16 de marzo de 2017, en la que se resolvió un recurso de reposición promovido por el accionante.¹⁷

2.1.3. Solicitud. Con base en lo anterior, el 6 de septiembre de 2017 el señor Bedoya Plaza, a través de apoderado, promovió la acción de tutela de la referencia, con la que busca el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, entre otros, los cuales considera vulnerados por Colpensiones al no reconocer en su favor la pensión de invalidez de la referencia, pese a que, desde su perspectiva, es titular de la prestación requerida por cumplir los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, el cual resulta aplicable en virtud del principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de invalidez.

2.2. Respuesta de la entidad accionada: pese a que el Juzgado Tercero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Montería – Córdoba corrió traslado de la acción de tutela a Colpensiones para que se pronunciara sobre la misma,¹⁸ dicha entidad guardó silencio.

2.3. Decisiones objeto de revisión

2.3.1. Primera instancia: mediante sentencia del 19 de septiembre de 2017, el Juzgado Tercero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Montería (Córdoba) decidió “*tutelar*” los derechos invocados en el recurso de amparo, tras observar que:

“el tutelante acreditó un total de 600 semanas cotizadas en toda su vida laboral, desde el 25 de enero de 1978 hasta el 29 de septiembre de 1997, y que así las cosas, de las 600 semanas cotizadas, se acreditan 592,14 entre el 25 de enero de 1978 y el 31 de mayo de 1998, es decir, más de 300 semanas cotizadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, es decir, estando en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, por lo cual se hace merecedor el accionante del principio de condición más beneficiosa aplicado en la jurisprudencia de la honorable Corte

¹⁵ Vid. Folio 18-22.

¹⁶ Vid. Folios 51-56.

¹⁷ Vid. Folios 68-70.

¹⁸ Vid. Folio 106.

Constitucional, aunado a que el citado señor Remberto Rafael Bedoya Plaza es una persona inválida, con 63 años de edad, no ha podido volver a laborar lo cual lo tiene sumido en una precaria condición económica, dependiendo de su hijo para su sostenimiento económico”¹⁹.

Como consecuencia, ordenó a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en favor del accionante, así como de las mesadas pensionales causadas a partir del 8 de mayo de 2007, fecha en la cual se estructuró la pérdida de capacidad laboral.

2.3.2. Segunda instancia: impugnado el fallo por parte de la entidad accionada, la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería (Córdoba), a través de fallo del 27 de octubre de 2017, revocó la decisión del *a quo*, y en su lugar resolvió “*negar*” la tutela de la referencia, por considerar que la posición asumida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el principio de la condición más beneficiosa es posible aplicarlo de manera que la “*Ley 860 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 26 de diciembre de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima*”, lo cual, según el *ad quem*, no ocurre en este caso, pues la estructuración de la invalidez se generó con posterioridad a esa fecha.

3. Expediente T-6583898: acción de tutela instaurada por Gavy Mariela Muñoz Pasuy contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

3.1. Hechos

3.1.1. Gavy Mariela Muñoz Pasuy (accionante) es una persona de 54 años de edad.²⁰ Mediante dictamen del 7 de octubre de 2015, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño fijó porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la actora correspondiente a 66.33%, con fecha de estructuración el 27 de junio de 2013, causada por el diagnóstico de “*trastorno depresivo recurrente, episodio grave presente, hipotiroidismo, gastritis crónica, várices en MMIP*”²¹.

3.1.2. A raíz de lo anterior, la señora Muñoz Pasuy solicitó a la entidad accionada el reconocimiento y pago de pensión de invalidez, la cual fue negada mediante actuación del 22 de febrero de 2016, luego de indicar que “*no se encuentra acreditado al momento de la estructuración de la invalidez el requisito de 50 semanas de cotización, previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003*”²².

¹⁹ Cfr. Folio 120.

²⁰ Vid. Folio 9, en el que obra copia del documento de identidad, según el cual la accionante nació el 5 de enero de 1964.

²¹ Cfr. Folios 16-17.

²² Cfr. Folio 39.

3.1.3. **Solicitud.** Con base en lo expuesto, el 26 de septiembre de 2017 Gavy Mariela Muñoz Pasuy instauró la acción de tutela de la referencia, a fin de obtener la salvaguarda de sus derechos fundamentales a, entre otros, la seguridad social y mínimo vital, los cuales estima vulnerados por la accionada al negar la pensión de invalidez requerida, sin considerar que si bien la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral se dio el 27 de junio de 2013, lo cierto es que, por el progreso de su enfermedad, fue el 30 de octubre de 2015 el momento exacto en el que dejó de trabajar, tal como se ve reflejado en su historial laboral. Para la actora, entonces, debe ser esta última fecha la que sirva como parámetro de verificación de los requisitos pensionales, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

3.2. Respuesta de la entidad accionada: al pronunciarse frente a la acción de tutela de la referencia, la Directora de Litigios del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. solicitó al juez de primera instancia declarar improcedente el amparo, por considerar que, en primer lugar, se incumple el principio de subsidiariedad, pues la actora no promovió ni siquiera los recursos de la vía administrativa disponibles para controvertir la negación de la prestación; en segundo lugar, se desconoce el requisito de inmediatez, pues el recurso de amparo fue instaurado 18 meses después de haberse resuelto la solicitud de pensión de invalidez.²³

3.3. Decisión de única instancia objeto de revisión: en sentencia del 5 de octubre de 2017, el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de San Juan de Pasto (Nariño) “*negó por improcedente*” la acción de tutela, luego de advertir el incumplimiento de los requisitos de procedencia alegados por parte de la entidad accionada.

4. Expediente T-6704865: acción de tutela instaurada por Juan Guillermo Quiroz Zapata contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

4.1. Hechos

4.1.1. Juan Guillermo Quiroz Zapata (accionante) es una persona de 40 años de edad,²⁴ a quien la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, a través de dictamen del 15 de noviembre de 2016, determinó pérdida de capacidad laboral en porcentaje del 63.57%, con fecha de estructuración el 22 de septiembre de 2014, causada por “*secuela de enfermedad Cerebro Vascular no especificada, otras isquemias cerebrales transitorias – enfermedad de origen común*”.²⁵

²³ Vid. Folios 31-42.

²⁴ Vid. Folio 8, en el que consta que el actor nació el 2 de septiembre de 1978.

²⁵ Cfr. Folios 9 a 25.

4.1.2. Teniendo en cuenta lo anterior, el señor Quiroz Zapata solicitó a la accionada el reconocimiento y pago de pensión de invalidez. Sin embargo, en respuesta del 18 de septiembre de 2017, la entidad negó el requerimiento, tras advertir el incumplimiento de haber cotizado 50 semanas durante los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, según el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.²⁶ El demandante promovió recurso de reposición, el cual fue resuelto el 31 de octubre de 2017, en el sentido de confirmar la negativa de la pensión, con base en los mismos argumentos esgrimidos en la actuación controvertida.²⁷

4.1.3. **Solicitud.** Teniendo en cuenta las anteriores circunstancias, el 11 de diciembre de 2017 el señor Juan Guillermo Quiroz Zapata promovió la acción de tutela de la referencia, con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, entre otros, los cuales estima vulnerados porque en su criterio la accionada no consideró que, si bien es cierto al momento de la estructuración de la invalidez sólo tenía cotizadas 29.48 semanas durante los 3 años inmediatamente anteriores, actualmente dispone de 58.91 semanas aportadas, pues los “*periodos 2012 (parcial), 2013 (parcial) y enero de 2014*”²⁸ fueron sufragados de forma extemporánea durante los años 2016 y 2017, y computados en la historia laboral por parte del fondo pensional a dichos periodos.

4.2. Respuesta de la entidad accionada: en escrito del 15 de diciembre de 2017, la entidad pidió declarar improcedente la acción de tutela de la referencia, tras indicar que el actor dispone de la jurisdicción ordinaria como escenario en el cual debería ejercerse la defensa de sus intereses, en virtud del principio de subsidiariedad. Asimismo, advirtió que las cotizaciones extemporáneas no pueden ser tenidas en cuenta, pues el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, modificadorio del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es claro en establecer que la pensión de invalidez se adquiere, entre otros requisitos, luego de haberse cotizado 50 semanas anteriores a la fecha de la estructuración y no con posterioridad a ésta.

4.3. Decisiones objeto de revisión

4.3.1. Primera instancia: en sentencia del 22 de diciembre de 2017, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chinchiná (Caldas) resolvió “*declarar improcedente*” la acción de tutela, por no cumplirse el requisito de subsidiariedad. Para el *a quo*, el actor dispone de la jurisdicción ordinaria, debido a que no se encuentra acreditada la necesidad de conjurar un perjuicio irremediable.

²⁶ Vid. Folios 16-17.

²⁷ Vid. Folios 23-25.

²⁸ Cfr. Folio 4.

4.3.2. Segunda instancia: a través de fallo del 22 de enero de 2018, el Juzgado Promiscuo de Familia de Chinchiná (Caldas) decidió “*confirmar*” integralmente la sentencia de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro de los trámites de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en el inciso 3° del artículo 86 y el numeral 9° del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.²⁹

2. Planteamiento del problema jurídico

Con base en lo expuesto, en caso de verificarse el cumplimiento de los requisitos de procedencia de cada una de las acciones de tutela de la referencia, corresponde a la Sala Segunda de Revisión ocuparse de resolver el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera una entidad administradora de pensiones los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo fundamental de un afiliado, al negarse a reconocer y pagar la pensión de invalidez, con base en alguna de las siguientes razones: (i) que, en virtud del principio constitucional de la condición más beneficiosa, sólo es posible verificar el cumplimiento del requisito de tiempo de cotización para acceder a la pensión de invalidez, de acuerdo con el régimen inmediatamente anterior al vigente al momento del acaecimiento de la pérdida de capacidad laboral; (ii) que los aportes pensionales que deben tenerse en cuenta para determinar el cumplimiento de los requisitos legales de la pensión son exclusivamente aquellos realizados antes de la fecha en que, según la entidad de calificación, se estructuró la invalidez, pese a que se hayan realizado con posterioridad a esa fecha; o (iii) que la titularidad de este tipo de pensión no admite considerar los aportes cancelados de forma extemporánea por parte de un trabajador independiente, pese a que corresponden a periodos causados luego de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003?

Con el fin de resolver el anterior interrogante, se reiterará la jurisprudencia constitucional sobre las distintas materias que integran la cuestión objeto de pronunciamiento, y con base en ello se resolverán los casos concretos.

3. Verificación de los requisitos de procedencia de las acciones de tutela objeto de estudio

²⁹ “*Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política*”.

De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución Política,³⁰ la acción de tutela es un mecanismo constitucional de carácter residual, preferente y sumario, cuyo objeto es la protección judicial inmediata de los derechos fundamentales de la persona que lo solicita directa o indirectamente (legitimación por activa),³¹ con ocasión de la vulneración o amenaza que sobre los mismos ha causado cualquier autoridad pública o excepcionalmente particulares (legitimación por pasiva).³² El recurso de amparo se encuentra supeditado al cumplimiento de los requisitos de inmediatez y subsidiariedad, como pautas formales de procedibilidad, de las que se hace depender un pronunciamiento sobre el fondo del asunto por parte del juez constitucional.

A continuación, la Sala verificará el cumplimiento de los mencionados requisitos formales de las acciones de tutela de la referencia, no sin antes advertir que en las mismas se ha actuado con plena legitimación, pues han sido instauradas directamente, o a través de apoderado judicial, por las personas que estiman vulnerados los derechos fundamentales invocados, y en contra de una autoridad pública, como lo es Colpensiones, o de particulares que administran el servicio público de pensiones, como lo son los fondos Porvenir S.A. y Protección S.A.

3.1. Las acciones de tutela de la referencia cumplen el requisito de inmediatez

En atención al citado artículo 86, la acción de tutela puede promoverse “*en todo momento*”. No obstante, debido al carácter inmediato de la protección que persigue este mecanismo judicial, la razonabilidad del plazo transcurrido entre la presentación de la solicitud y el acaecimiento de la vulneración constituye un requisito para la validación de su ejercicio. Esto admite que en caso de presentarse lapsos prolongados, sea indispensable observar la existencia de

³⁰ Artículo 86: “[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. // La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. // Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. // En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución. // La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

³¹ En desarrollo de lo anterior, esta Corporación ha sistematizado cuatro alternativas para contar con legitimación en la causa por activa en materia de tutela: (i) por parte de la persona que se considera lesionada en sus derechos fundamentales; (ii) por “representación legal”, cuando los supuestos afectados son menores de edad, incapaces absolutos, interdictos o personas jurídicas; (iii) a través de apoderado judicial debidamente acreditado por medio de mandato y con título profesional de abogado; y (iv) en uso de la fórmula jurídica de la agencia oficiosa.

³² Ver artículos 86 de la Constitución y 42 del Decreto 2591 de 1991, según los cuales la acción en referencia puede ser ejercida contra cualquier autoridad pública, o excepcionalmente particulares. En este último caso, cuando (i) están a cargo de la prestación de un servicio público, (ii) su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo o (iii) el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión respecto de éstos.

razones suficientes que justifiquen válidamente la tardanza en la activación de la jurisdicción constitucional.

Tratándose, entonces, de un criterio de procedibilidad de un recurso sumario e informal, como lo es la tutela, cuya finalidad corresponde primordialmente a la realización oportuna de los derechos fundamentales contenidos en la Carta, la “*inmediatez*” se aleja de ser una regla rígida, de aplicación automática e inflexible. No se trata del establecimiento de un término de caducidad del recurso de amparo,³³ sino de un parámetro mediado por el mandato de protección *actual y efectiva* de las garantías constitucionales (Art. 2 CP).

De ahí que esta Corte haya insistido en dos *subreglas* jurisprudenciales que, por su pertinencia, resulta importante reiterar en esta ocasión. Por un lado, en virtud de la cláusula de igualdad constitucional (Art. 13 CP), la necesidad de flexibilizar el estudio del requisito de procedencia cuando el asunto integre un debate alrededor de la satisfacción de los derechos de un sujeto de especial protección o que se encuentra en situación de debilidad manifiesta.³⁴

Por otro lado, en atención al mandato de realización efectiva de las garantías superiores, es necesario valorar la vigencia de la vulneración, según la naturaleza del derecho susceptible de salvaguarda. Con base en ello, la jurisprudencia ha sido clara en indicar que en los eventos en los que la violación es continua, pues no está determinada por el acaecimiento concreto de una única acción u omisión, sino que el solo paso del tiempo constituye una afectación permanente del derecho, el requisito de inmediatez es susceptible de superarse de forma automática, en razón, justamente, de la vigencia de la vulneración. Ocurre principalmente en el caso de la seguridad social, en el que se ha observado que la no cancelación de las respectivas mesadas mantiene en el tiempo la presunta conculcación del derecho.³⁵ Esto no se opone a la

³³ En la sentencia C-543 de 1992. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, se estudió la constitucionalidad de, entre otros aspectos, la introducción de un término de caducidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, en los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, los cuales fueron declarados inexecutable. La Corte señaló lo siguiente: “*prever un tiempo de caducidad para el ejercicio de la acción de tutela implica necesariamente que tan solo dentro de él puede tal acción interponerse. En otras palabras, quiere decir la norma cuestionada que la acción de tutela cuando se dirija contra sentencias que pongan fin a un proceso no puede ejercerse en cualquier tiempo sino únicamente dentro de los dos meses siguientes a la ejecutoria. // En la presente providencia se resolverá también si procede la tutela contra fallos ejecutoriados pero, independientemente de ello, resulta palpable la oposición entre el establecimiento de un término de caducidad para ejercer la acción y lo estatuido en el artículo 86 de la Constitución cuando señala que ella puede intentarse “en todo momento”, razón suficiente para declarar, como lo hará esta Corte, que por el aspecto enunciado es inexecutable el artículo 11 del Decreto 2591 de 1991*”.

³⁴ Como ejemplos, las sentencias T-719 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-456 de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-015 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-515A de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-700 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-1088 de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-953 de 2008. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-1042 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-167 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-352 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-225 de 2012. M.P. Humberto Sierra Porto; T-206 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-269 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; entre otras.

³⁵ Ver, por ejemplo, la sentencia SU-1073 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, la Sala Plena estudió un grupo de acciones de tutela en las que se buscaba la salvaguarda de, entre otros derechos, la

aplicación de las reglas legales de prescripción a que haya lugar al momento de estudiar el fondo de la controversia, según el caso.

A partir de lo anterior, la Sala observa que las acciones de tutela de la referencia cumplen el requisito de inmediatez. En el caso del radicado T-6546704, la solicitud de amparo fue instaurada 15 días después de que la entidad accionada confirmara la negativa de la pensión de invalidez requerida por la demandante; en el expediente T-6570630 transcurrieron 5 meses y 20 días; y en el T-6704865 apenas un mes y 11 días. Se trata, por tanto, de lapsos razonables.

Con todo, no puede perderse de vista que el objeto y causa de los recursos de amparo en esta ocasión circunscriben controversias sobre la garantía de la seguridad social, por prestaciones pensionales que no han sido reconocidas por las entidades accionadas y de las que, según los peticionarios, son titulares. En ese sentido, de conformidad con lo expuesto, se trata de aparentes vulneraciones de “*tracto sucesivo*”, que por tanto hacen superable el requisito de inmediatez, incluso respecto del expediente T-6583898, sobre el cual el juez de única instancia consideró adecuado determinar su incumplimiento, sin tener en cuenta el tipo de afectación. Aunado a ello, no puede dejarse de lado que, respecto de este último expediente, la historia clínica de la demandante demuestra (como se detalla más adelante, al momento de verificar el cumplimiento del requisito de subsidiariedad) que ha sido durante los últimos

seguridad social, presuntamente vulnerada por la negativa del fondo pensional respectivo a adelantar la indexación de la primera mesada pensional. Específicamente respecto del requisito de inmediatez, la Corte reiteró lo dicho en la sentencia T-402 de 2011. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, así: “la negativa a su reconocimiento [de la indexación] *puede originar la vulneración, amenaza o desconocimiento de un derecho que implica una prestación periódica, por lo que su afectación, en caso de presentarse alguna, se habría mantenido durante todo el tiempo, siendo soportada incluso hoy en día por los extrabajadores y ahora pensionados de la accionada. Son estas las razones que llevan a la Sala a concluir que la vulneración señalada, en caso de presentarse, tiene un carácter de actualidad, lo que confirma que en esta específica situación se cumple con el requisito de la inmediatez y, por consiguiente, se satisfacen los presupuestos exigidos para declarar procedente la acción*”. Asimismo, en la sentencia SU-499 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, estudió la acción de tutela instaurada por una ciudadana, contra un fondo primado de pensiones, con el fin de obtener la salvaguarda del derecho a la seguridad social, vulnerado por la negativa de la accionada para reconocer la pensión de sobrevivientes de la que la demandante era titular. Al abordar el requisito de inmediatez, la Sala Plena dispuso lo siguiente: “*la violación de los derechos ha permanecido en el tiempo, dado que la accionante no ha recibido la mesada mensual que le permita mantener unas condiciones de subsistencia con las garantías mínimas de vida digna, pues como quedó demostrado en la etapa probatoria de la jurisdicción ordinaria, la ciudadana dependía económicamente de su hija fallecida. Se trata pues de un caso en el que la satisfacción de las necesidades básicas depende de manera exclusiva de las mesadas pensionales; y, en consecuencia, la falta de estas amenaza el goce efectivo del derecho fundamental al mínimo vital. En otros términos, dado que la pensión es de tracto sucesivo, su carencia tiene como consecuencia una vulneración permanente; es decir, es continua y actual, dado que de mes a mes la accionante se encuentra en una situación en la que carece de las posibilidades de satisfacer, de manera mínima, condiciones de dignidad humana y, por ende, ve afectado su derecho al mínimo vital. En el presente caso se concluye que la accionante depende únicamente de la pensión de sobreviviente con base en la afirmación de la accionante, conforme con la que no tiene las condiciones necesarias para ser autosuficiente en términos económicos, toda vez que, como lo afirmó en el proceso ordinario y en el escrito de la acción de tutela, sus recursos provienen de la labor que desempeña esporádicamente como empleada del servicio doméstico. Las consideraciones anteriores, llevan a concluir que la vulneración de derechos de la accionante es continua y actual*”. En igual sentido, ver las recientes sentencias SU-069 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-090 de 2018. M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-199 de 2018. M.P. Cristina Pardo Schlesinger; entre muchas otras.

años, especialmente desde el 2018, que su estado de salud ha presentado un grave deterioro progresivo, registrado por los médicos tratantes en las respectivas epicrisis, lo cual pone en evidencia la existencia de elementos de juicio recientes, que conducen en el caso concreto a la necesidad de validar el cumplimiento de la inmediatez.

3.2. *Las acciones de tutela de la referencia cumplen el requisito de subsidiariedad*

De acuerdo con el principio de subsidiariedad derivado del carácter residual de la acción de la acción de tutela (Art. 86 CP) y el desarrollo que sobre el mismo ha adelantado pacíficamente la Corte, este mecanismo constitucional procede como *medio principal* de protección de los derechos invocados cuando (i) el afectado no dispone de otro recurso judicial dentro del ordenamiento jurídico; o (ii) pese a disponer del mismo, éste no resulte idóneo o eficaz para la defensa de los derechos amenazados o vulnerados. Adicionalmente, la acción de tutela opera como *medio transitorio* cuando, aunque existan mecanismos ordinarios vigentes, sea imperioso evitar la consumación de un perjuicio irremediable, el cual se configura ante la prueba siquiera sumaria³⁶ de su inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad.³⁷

En cuanto a las acciones de tutela bajo revisión, la Sala observa que, en principio, en todos los casos los y las accionantes cuentan con la jurisdicción ordinaria como medio judicial disponible para hacer exigibles sus derechos constitucionales. No obstante, en esta ocasión las acciones de tutela se tornan procedentes como mecanismo principal porque, de acuerdo con las particularidades de los asuntos, si bien se trata de mecanismos idóneos de defensa judicial, los mismos no son eficaces para lograr la garantía de los derechos fundamentales presuntamente afectados. Es decir, se trata de recursos que, en concreto, no responden de manera integral y oportuna a la necesidad de la salvaguarda invocada. El concepto de eficacia, entonces, no corresponde

³⁶ En sentencia T-1068 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero, se dijo: “(...) para demostrar el perjuicio irremediable, al menos se deben señalar los hechos concretos que permitan deducir que ocurre dicho perjuicio el juez no se los puede imaginar, por supuesto que no se necesitan términos sacramentales pero al menos alguna indicación que le permita al juzgador tener la confianza de que en verdad se halla el peticionario en una situación que lo afecta a él y a su familia”. Posteriormente, en sentencia T-1316 de 2001. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, se señaló: “(...) tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada (...). De cualquier manera, no todos los daños constituyen un perjuicio irremediable por el simple hecho de tratarse de sujetos de trato preferencial”. De igual forma, sobre la flexibilidad en la valoración del perjuicio pueden observarse las sentencias T-719 de 2003. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-456 de 2004. M.P. Jaime Araujo Rentería; T-167 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-352 de 2011. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-796 de 2011. M.P. Humberto Sierra Porto; T-206 de 2013. M.P. Jorge Iván Palacio; T-269 de 2013 y T-276 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa, entre otras.

³⁷ Estas reglas de aplicación fueron desarrolladas en la sentencia T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, la cuales se han convertido en un criterio jurisprudencial consolidado en esta Corporación.

simplemente a un elemento temporal, sino a su aptitud concreta para garantizar la salvaguarda del derecho, perseguida por quien ejerce el recurso de amparo.

Lo expuesto lleva a establecer de entrada que, tratándose de asuntos en los que se debate la salvaguarda de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, en el marco del reconocimiento de pensiones de invalidez, el análisis de procedencia formal de la acción de tutela no opera de manera automática por el simple hecho de que el actor o beneficiario presente una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%. De lo contrario, el mecanismo de amparo se convertiría irrazonablemente en el único medio judicial de defensa, en desconocimiento de la jurisdicción laboral como escenario natural de definición de este tipo de litigios. La procedencia a la que se está haciendo alusión, entonces, exige necesariamente una valoración de cada una de las circunstancias concretas de las solicitudes de amparo, de manera que, sólo cuando de ellas se desprenda la necesidad imperativa de acceder a su estudio por parte del juez constitucional, será viable desplazar el agotamiento de la vía ordinaria, con base en las reglas generales de procedibilidad.

Dicho lo anterior, a continuación la Sala adelantará el estudio concreto de procedencia respecto de las acciones de tutela de la referencia.

Expediente T-6546704: en este caso se evidencian condiciones que llevan a la imposibilidad de que la actora asuma las cargas y demoras procesales propias de un trámite judicial ordinario, en consideración de su situación de debilidad manifiesta. Según se encuentra acreditado en el expediente, la peticionaria, además de presentar una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, como consecuencia de la cual hoy se halla desempleada –por tanto no percibe ingreso alguno–, enfrenta un cuadro clínico complejo, causado por el padecimiento de una enfermedad “*degenerativa de alto costo y catastrófica*”³⁸, por su diagnóstico de “*secuela hemorragia subaracnoidea de inicio en el 2013, con secuela de epilepsia con crisis 5-6 veces mes, paciente hipertensa sin daño renal, con depresión y deterioro cognitivo*”³⁹.

Asimismo, en cumplimiento del requerimiento proferido por esta Corporación durante el trámite de revisión,⁴⁰ la accionante allegó declaración juramentada rendida ante la Notaría Segunda del Círculo de Barranquilla, en la que señaló lo siguiente: “*mi estado de salud cada día se agrava porque me dan convulsiones y constantes mareos, además no me encuentro trabajando actualmente. No tengo fuente de ingreso por mi estado de salud y por mi edad. Vivo con mi hermano que me da la comida. (...) en estos momentos tengo los servicios públicos suspendidos y los vecinos me pasan una manguera para darme el agua y la luz*”⁴¹.

³⁸ Cfr. Folio 31.

³⁹ Ibídem.

⁴⁰ Auto del 5 de julio de 2018.

⁴¹ Cfr. Folio 39 del cuaderno de revisión.

Estas circunstancias, pese a haber sido puestas en conocimiento de la entidad demandada,⁴² no fueron controvertidas, por lo que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 y dado que se encuentran razonable y sumariamente acreditadas, gozan de presunción de veracidad. En ese sentido, para la Sala concurren situaciones particulares que, por la necesidad de garantizar un acceso eficaz a la administración de justicia constitucional, validan el desplazamiento de los recursos ordinarios disponibles en el ordenamiento jurídico.

Expediente T-6570630: en este caso los medios ordinarios de defensa judicial también son ineficaces, en razón de la situación de especial sujeción constitucional de la que es titular el actor. Se trata de una persona en condición de discapacidad, pues la amputación de su miembro inferior izquierdo le ha significado la estructuración de una pérdida de capacidad laboral superior al 50%. Esto, además, lo ha dejado inmerso en una situación de desempleo, por lo que carece de ingresos para sufragar los gastos propios y de su núcleo familiar. Este último conformado por su esposa, también desempleada, y dos hijos gemelos que actualmente cuentan con 17 años de edad.⁴³ Se trata de un hogar con puntaje del Sisbén correspondiente a 26.60,⁴⁴ lo que contribuye a la acreditación de la precaria condición económica que enfrenta el actor.⁴⁵

La difícil situación personal del demandante está documentada también con las declaraciones notariales rendidas bajo la gravedad de juramento por los señores Miguel Puch Yañez y Hernando Enrique Páez, quienes manifestaron conocer al señor Remberto Rafael Bedoya y constarles que ni él ni los demás miembros de su grupo familiar perciben ingreso alguno, por lo que atraviesan una condición económica sin duda adversa.⁴⁶ En ese sentido, al estar razonable y sumariamente acreditada la condición de debilidad manifiesta del peticionario, necesariamente se torna desproporcionada la exigencia de agotar los trámites y demoras de los recursos judiciales ordinarios, y por tanto la acción de tutela se configura como el medio principal de defensa de los derechos del petente.

Expediente T-6583898: la señora Gavy Mariela Muñoz Pasuy, al igual que ocurre con los accionantes de los demás expedientes, enfrenta una situación particularmente gravosa, que hace necesario admitir el ejercicio de la tutela como la alternativa principal de protección judicial de sus derechos fundamentales, debido a la ineficacia que, en concreto, representa el agotamiento de los mecanismos ordinarios. A la accionante se le dictaminó una

⁴² Auto del 5 de julio de 2018, proferido por la magistrada sustanciadora (folio 35-36 del cuaderno de revisión). Además, así fue certificado por la Secretaría General de la Corporación, según constancia de traslado por estado obrante en el folio 42 del cuaderno de revisión.

⁴³ A folios 90 y 91 obra copia de los Registros Civiles de Nacimiento respectivos.

⁴⁴ *Vid.* Folio 52 del cuaderno de revisión.

⁴⁵ Tal como lo indicó el juez de primera instancia, el accionante señaló en el recurso de amparo que actualmente él y su hogar procuran sobrevivir con una suma de \$200.000, la cual es suministrada por su hijo mayor, quien no hace parte de su núcleo familiar, pues integra un hogar independiente (*vid.* Folio 6).

⁴⁶ *Vid.* Folio 53 del cuaderno de revisión.

pérdida de capacidad laboral superior al 50%, la cual le ha impedido emplearse y por tanto recibir ingresos que garanticen su subsistencia. Cuenta con un puntaje Sisbén correspondiente al 14.83, como muestra de su realidad socioeconómica.⁴⁷

Aunado a ello, se acreditó durante el trámite de revisión que la condición de salud mental de la peticionaria ha tenido graves complicaciones. A inicios del año 2018, en la historia clínica se registraron diagnósticos por “*trastorno depresivo recurrente, episodio depresivo grave presente sin síntomas psicóticos*”, a raíz de lo cual el psiquiatra tratante, el 6 de febrero de 2018, conceptuó: “*paciente con evolución con tendencia muy desfavorable, por tener aumento de riesgos previstos, incluso suicidio, por empeoramiento de las funciones del pensamiento, afectividad y juicio, quien por ahora seguirá en el programa para fortalecimiento de procesos cognitivos y ocupaciones, seguirá para contención de riesgos y disminución de daños*”⁴⁸. Con posterioridad, el 30 de mayo de 2018, el acompañamiento médico dio como resultado el diagnóstico de “*cefalea progresiva, más trastorno de la memoria **relacionado con demencia***”⁴⁹, muestra de una indiscutible condición de discapacidad mental.

Se trata de presupuestos fácticos que, en su conjunto, ponen en evidencia la debilidad especial que enfrenta la solicitante, y por tanto la necesidad de autorizar la activación de la jurisdicción constitucional como medio que, de la manera más eficaz, responde a la defensa de sus garantías constitucionales.

Expediente T-6704865: la importancia de asumir la acción de tutela como único recurso eficaz para el estudio judicial de la protección invocada en este caso se deriva, al igual que en los anteriores asuntos, de la sujeción constitucional reforzada del actor. Esta se estructura no sólo por la significativa pérdida de capacidad laboral superior al 50%, sino por su grave condición de salud mental y la precariedad económica que enfrenta él y su núcleo familiar compuesto por su esposa, hijo menor de edad y madre.⁵⁰

Como sustento de lo anterior, se tiene que la deficiencia funcional del actor se generó a partir del diagnóstico de “*enfermedad cerebrovascular no especificada, otras isquemias cerebrales transitorias*”⁵¹, con concepto neurológico, desde el año 2016, de “*1) accidente de infarto talámico izquierdo de origen cardioembólico sin recurrencia de lesiones isquémicas – 2) trastorno depresivo crónico - 3) trastorno cognitivo secundario a 1) y 2)*”⁵². Se trata entonces de una persona que presenta una discapacidad mental, por tanto titular

⁴⁷ Vid. Folio 26.

⁴⁸ Cfr. Folio 42 del cuaderno de revisión.

⁴⁹ Cfr. Folio 35 del cuaderno de revisión.

⁵⁰ La conformación de su núcleo familiar fue dada a conocer a esta Corporación, en cumplimiento del requerimiento realizado por el despacho sustanciador mediante Auto del 5 de julio de 2018.

⁵¹ Cfr. Folio 14.

⁵² Cfr. Folio 10.

de especial protección constitucional. Esta condición se agrava aún más si se considera que, por un lado y según manifestó el demandante ante esta Corporación, su esposa, al igual que él, se encuentra desempleada;⁵³ y por otro lado, tal como se constata en la base de datos actualizada del Sisbén, se le ha asignado un puntaje igual a 19.26, lo que pone de presente su difícil contexto económico⁵⁴.

Verificados así los requisitos de procedencia de las acciones de tutela de la referencia, la Sala procede a estudiar el fondo de los asuntos y resolver los problemas jurídicos formulados.

4. El principio constitucional de la condición más beneficiosa en materia de pensión de invalidez. Sentencia SU-442 de 2016⁵⁵

El contenido y alcance jurídico del principio constitucional de la condición más beneficiosa en pensión de invalidez fue objeto de unificación por parte de esta Corte, mediante la sentencia SU-446 de 2016. En ésta, la Sala Plena estudió la acción de tutela promovida por una persona que solicitaba la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, los cuales estimaba vulnerados por parte de Colpensiones, al negar el reconocimiento y pago de la prestación mencionada por incumplimiento de los requisitos contenidos en la Ley 860 de 2003, constitutiva del régimen pensional vigente al momento de la estructuración de la pérdida de capacidad laboral superior al 50% que presentaba el demandante.

El principio de la condición más beneficiosa, de conformidad con lo establecido por parte de este Tribunal en la sentencia mencionada, responde a la necesidad de amparar la igualdad y la confianza legítima, en favor de los afiliados al Sistema de Pensiones que, por un cambio intempestivo de legislación y en ausencia de un régimen de transición, ven abruptamente alteradas las condiciones normativas para adquirir la prestación, pese a que ya han estructurado una expectativa legítima para ser titulares de la misma. En ese contexto, se justifica constitucionalmente mantener las condiciones legales que aunque han sido derogadas, resultan más beneficiosas, en cumplimiento del mandato superior según el cual “*[l]a ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad ni los derechos de los trabajadores*”.⁵⁶

De esta forma, la expectativa legítima es quizá el elemento más importante al momento de valorar en concreto la condición más beneficiosa, por ser su principal objeto de protección y por determinar el alcance de dicho principio. Frente a su configuración, la Corte señaló que “[q]uien ha reunido la densidad

⁵³ Vid. Folios

⁵⁴ Así se ha verificado en la página web oficial:

https://wssisbenconsulta.sisben.gov.co/dnp_sisbenconsulta/dnp_sisben_consulta.aspx

⁵⁵ M.P. María Victoria Calle Correa.

⁵⁶ Artículo 53 de la Constitución Política.

*de semanas de cotización para pensionarse por invalidez en vigencia de un régimen, aun cuando no haya perdido aún la capacidad laboral en el grado exigido por la Ley, se forma una expectativa legítima consistente en la posibilidad de pensionarse en caso de que sobrevenga la ocurrencia del riesgo”.*⁵⁷

Aun cuando lo anterior fuera suficiente para dilucidar el marco de aplicación de la condición más beneficiosa en materia de pensión de invalidez, la Sala Plena encontró necesario unificar su jurisprudencia, en razón de la disparidad de criterios existente con la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues para esta última institución el principio constitucional en alusión sólo admitía la aplicación del régimen inmediatamente anterior al vigente durante el acaecimiento del riesgo, esto es, la estructuración de la pérdida de capacidad laboral en el porcentaje exigido por la norma respectiva.

Lo expuesto, en un contexto en el que, a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el acceso a la pensión de invalidez ha sido objeto de regulación sucesiva en tres regímenes legales, sin incorporación de fórmulas de transición, así:

Régimen pensional	Requisitos pensión de invalidez	Fecha en que pierde vigencia
Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año	ARTÍCULO 6. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones: a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y, b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.	Vigente hasta el 22 de diciembre de 1993
Ley 100 de 1993 en su redacción original.	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	Vigente hasta el 25 de diciembre de 2003.

⁵⁷ Sentencia SU-442 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.

	<p>veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.</p> <p>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.</p>	
<p>Ley 860 de 2003, que modifica la Ley 100 de 1993</p>	<p>Artículo 1°. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:</p> <p>Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. 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:</p> <ol style="list-style-type: none"> 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. 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. 	<p>Actualmente vigente</p>

Al zanjar la discusión, la Corte Constitucional unificó el contenido y alcance de la condición más beneficiosa en materia pensión de invalidez, en el siguiente sentido:

“en concepto de la Sala Plena de la Corte, el principio de la condición más beneficiosa no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo cuyo amparo el afiliado o beneficiario haya contraído una expectativa legítima, concebida conforme a la jurisprudencia. Por lo demás, una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo”⁵⁸.

Con base en ello, se encontró que el accionante si bien no cumplía los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003, que estaba vigente al momento en que se

⁵⁸ Sentencia SU-442 de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.

causó la pérdida de capacidad laboral superior al 50%, sí había cumplido la densidad de cotizaciones exigida por el Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el Decreto 758 del mismo año), durante la vigencia de esta norma. En ese sentido, accedió a la tutela invocada y ordenó al fondo pensional accionado reconocer en favor del demandante la pensión requerida, así como el pago de las mesadas dejadas de percibir desde la fecha de estructuración de la invalidez, por ser el momento en que se consolidó el derecho.

5. Valoración especial de la fecha de estructuración de la invalidez en el caso de las enfermedades crónicas, degenerativas y congénitas

Según se desprende de lo expuesto, el amparo pensional por riesgo de invalidez exige, además del cumplimiento de la densidad de cotizaciones, la estructuración de la deficiencia funcional que afecta significativamente el desarrollo de las actividades laborales del afiliado. El artículo 38 de la Ley 100 de 1993 establece que *“se considera ‘inválida’ la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”*, y en ese sentido, corresponde a las entidades respectivas la calificación de la invalidez, en los términos del artículo 41 (*ibídem*), y especialmente de acuerdo con el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional (Decreto 1507 de 2014).

La fecha de la estructuración ha sido un asunto controversial a la hora de reconocer la titularidad del derecho a la pensión de invalidez; particularmente cuando se trata de padecimientos cuyo diagnóstico inicial no necesariamente acarrea la imposibilidad definitiva para el afiliado de continuar trabajando y aportando al Sistema de pensiones. Es el caso de las llamadas enfermedades congénitas, degenerativas y crónicas. No obstante, esta no es propiamente una materia novedosa en la Corte Constitucional, pues histórica y pacíficamente los pronunciamientos de las distintas Salas de Revisión han constituido una línea jurisprudencial clara que, por su extensión, resulta innecesario presentar detalladamente en esta ocasión.⁵⁹ Es pertinente, eso sí, aludir a continuación a las subreglas que han sido decantadas por este Tribunal.

A lo largo de su jurisprudencia, la Corte ha identificado como situación común el que la determinación de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, derivada de enfermedades congénitas, degenerativas o crónicas, suela estar asociada al primer síntoma registrado en la historia clínica o a un instante cercano al momento en que se profiere el dictamen de calificación. Esto ha causado que, al ser tal fecha el parámetro formal del cual se hace depender la

⁵⁹ Sentencias T-699A de 2007. M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-561 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-432 de 2011. M.P. Mauricio González Cuervo; T-671 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-240 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-427 de 2012. M.P. María Victoria Calle Correa; T-143 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa; T-627 de 2013. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-070 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; T-483 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; T-789 de 2014. M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez, entre otras.

verificación de la densidad de cotizaciones exigidas en el régimen pensional, se ignoren injustamente no sólo los aportes realizados con posterioridad a esta fecha, sino realidades que lógicamente imposibilitan exigirle al afiliado el cumplimiento retroactivo de las semanas cotizadas, como cuando se trata específicamente de enfermedades congénitas, en las que la sintomatología o primer registro médico, por antonomasia, data del nacimiento.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal Constitucional ha insistido en que, cuando se encuentra acreditado el carácter progresivo del padecimiento que deviene en invalidez, la fecha formal de estructuración fijada por la entidad médica respectiva es susceptible de verificación por parte de las autoridades encargadas de determinar el cumplimiento de los requisitos pensionales.⁶⁰ Esto porque se ha entendido que es altamente probable que a quien se le ha conceptualizado una invalidez superior al 50%, causada por una contingencia médica degenerativa, la pérdida *definitiva y permanente* de la capacidad laboral no necesariamente coincida con la fecha establecida en el dictamen, sino con el momento en el que, en efecto, el afiliado se ha visto materialmente imposibilitado para seguir haciendo uso de su fuerza de trabajo y por tanto de contribuir al Sistema de pensiones a través de sus aportes.

Para la Corte, eventos como que el afiliado haya aportado durante varios años antes de la fecha de expedición del dictamen, o que cuente con un lapso prolongado de cotizaciones con posterioridad a la fecha de estructuración fijada por la autoridad técnica, han sido indicativos sobre la necesidad de constatar materialmente la pérdida definitiva y permanente de la capacidad laboral.⁶¹ En estas circunstancias, se ha dicho, resulta necesario asumir que cuando se evidencia una deficiencia funcional de consolidación gradual, la fecha de la que debe hacerse depender el cumplimiento de los requisitos de cotización para adquirir la pensión de invalidez no es la formalmente registrada en el concepto técnico, sino aquella en la que se ha realizado el último aporte al Sistema, por ser ello verdaderamente demostrativo de la cesación de la capacidad de trabajo.⁶²

⁶⁰ A modo ilustrativo, en la sentencia T-561 de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla, se dijo que “*este aspecto debe ser entonces cuidadosamente valorado por la entidad que decide sobre el otorgamiento del derecho pensional, pues la inadvertencia sobre la fecha de estructuración puede implicar el desconocimiento del debido proceso administrativo y de otros derechos fundamentales de la persona que busca la prestación*”. Asimismo, en la sentencia T-671 de 2011. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, se indicó que “*cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita deberá establecer como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que la persona haya perdido de forma definitiva y permanente su capacidad laboral igual o superior al 50% y a partir de ésta verificar si la persona que ha solicitado la pensión de invalidez cumple con los requisitos establecidos por la normatividad aplicable para el caso concreto*”.

⁶¹ V. gr. Sentencia T-420 de 2011. M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

⁶² Así se ha procedido en todos los casos que constituyen la línea jurisprudencial antes enlistada. En la sentencia T-143 de 2013. M.P. María Victoria Calle Correa, la Sala expuso con cierta precisión esta subregla, por lo que resulta pertinente traer a colación lo que allí se dijo: “[n]o pueden desconocerse las circunstancias particulares de este caso y tomar como punto de partida la fecha de estructuración dictaminada sobre conceptos técnico-científico, cuando está demostrado que el interesado pudo cotizar a pensiones luego del dictamen que estructuró su pérdida de capacidad laboral desde el mes de octubre de 2010. Para este caso debe considerarse el momento en que realmente al actor no le resultó posible

Desconocer el concepto de pérdida *definitiva y permanente* de la capacidad laboral en el caso de las enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social (Art. 48 CP) y a la igualdad (Art. 13 CP) de los afiliados. Esta Corporación ha establecido que ignorar en estos casos los aportes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración no sólo no se compadece con la realidad de estos padecimientos, sino que es constitutivo de un inadmisibles enriquecimiento sin justa causa por parte del fondo pensional que, pese a verse beneficiado con la contribución del afiliado, actúa como si este último no hubiera sido solidario con el Sistema.

Ahora bien, a partir de la sentencia SU-588 de 2016,⁶³ la Sala Plena de esta Corporación sistematizó las reglas jurisprudenciales de cuyo cumplimiento se hace depender la aplicación de la denominada pérdida *definitiva y permanente* de la capacidad laboral. La Corte fue clara en definir que, con el propósito de evitar prácticas fraudulentas contra el Sistema, la entidad pensional se encuentra llamada a constatar que los aportes realizados con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, en el caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, fueron sufragados efectivamente como consecuencia de una “*capacidad laboral residual*”, que demuestra el carácter “*definitivo y permanente*” al que ya se ha hecho referencia, y no bajo el propósito de obtener deslealmente el acceso a la prestación. En ese sentido, el Tribunal señaló lo siguiente:

“cuando la persona solicita el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a estas entidades [fondos pensionales] les corresponderá verificar: (i) que la solicitud pensional fue presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, crónica y/o degenerativa, (ii) que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez fijada por la autoridad médico laboral, la persona cuenta con un número importante de semanas cotizadas; y, (iii) que los aportes fueron realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, es decir que, en efecto, la persona desempeñó una labor u oficio y que la densidad de semanas aportadas permite establecer que el fin de la persona no es defraudar al Sistema”.

Así, estas tres reglas constituyen los criterios para valorar, siempre en consideración de las particularidades de cada caso y nunca como raceros absolutos y/o rígidos –propio de las reglas jurisprudenciales–, la aplicación de la figura de la pérdida “*definitiva y permanente*” de la capacidad laboral y que impiden evitar prácticas que atentan ilegítimamente contra el régimen pensional, como ocurre cuando se evidencia que los aportes sufragados con

continuar desarrollando su actividad económica, el cual se infiere a partir del instante en que cesa su cotización al sistema de seguridad social”.

⁶³ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

posterioridad a la fecha de estructuración han tenido como único objeto el cumplimiento forzoso de los requisitos legales.

6. Cómputo de aportes pensionales realizados extemporáneamente por parte de trabajadores independientes

El Sistema General de Pensiones, contenido en la Ley 100 de 1993⁶⁴, no especificó la manera como deberían efectuarse los aportes a los que se encuentran obligados los afiliados en calidad de trabajadores independientes. Ante esta omisión, en una primera oportunidad, por vía de los Decretos 692 de 1994⁶⁵ y 1406 de 1999⁶⁶, se reglamentó la materia. En el artículo 28 del primero de estos cuerpos normativos se estableció que “[t]ratándose de afiliados independientes, no habrá lugar a la liquidación de intereses de mora, toda vez que las cotizaciones se abonarán por mes anticipado y no por mes vencido”. Asimismo, el segundo de estos Decretos dispuso en su artículo 35 que “los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por periodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente”.

Lo anterior configuraba un marco normativo en el que era claro que, tratándose de personas que fungen como su propio empleador o que asumen “*motu proprio*” el riesgo económico de su productividad, éstos se obligaban a realizar los respectivos aportes por mes anticipado, de manera que, dada la imposibilidad legal de causar intereses por mora, nunca las cotizaciones extemporáneas podrían computarse retroactivamente.⁶⁷

El contexto jurídico cambió con la aparición del Decreto 3085 de 2007⁶⁸, en cuyo artículo 7º se dispuso que “[l]os intereses de mora, se generarán a partir de la fecha de vencimiento del plazo para efectuar el pago de los aportes, salvo que el trabajador independiente realice este pago a través de entidades autorizadas por la Ley para realizar el pago en su nombre, caso en el cual los intereses de mora se causarán teniendo en cuenta la fecha de vencimiento de los pagos de la entidad que realice los aportes por cuenta del trabajador independiente”. Con ello, se derogó tácitamente la imposibilidad de causar intereses moratorios sobre los aportes tardíos realizados directamente por el trabajador, de modo que, con la entrada en vigencia de esta normatividad, es posible que quien se encuentra afiliado como independiente ante el Sistema, y haya dejado de sufragar los aportes respectivos en la oportunidad

⁶⁴ “Por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

⁶⁵ “Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993”.

⁶⁶ “Por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones”.

⁶⁷ Tesis sostenida constantemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Ver, por ejemplo, la sentencia del 5 de diciembre de 2005. Rad. 26728. M.P. Isaura Vargas Díaz.

⁶⁸ “Por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 44 de la Ley 1122 de 2007”.

correspondiente, salde el pasivo pensional a través del pago de los intereses moratorios a que haya lugar, y de esta forma obtenga el reconocimiento de los periodos adeudados.

A raíz de lo expuesto, surgió la necesidad de aclarar la aplicación en el tiempo de la regla introducida por el Decreto 3085 de 2007, lo cual ha sido uniformemente resuelto por la jurisprudencia de esta Corporación. En la reciente sentencia T-150 de 2017,⁶⁹ la Sala Primera de Revisión se ocupó de sistematizar las subreglas que definen esta cuestión.⁷⁰ La Corte recordó que fue a partir de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003,⁷¹ el 29 de enero de dicho año, que la afiliación al Sistema de pensiones empezó a ser obligatoria para los trabajadores independientes,⁷² por lo que sólo respecto de los periodos causados a partir de ese momento es posible constituirse en mora por incumplimiento de la obligación legal de sufragar los aportes pensionales, en tanto rubros parafiscales. De este modo, se estableció lo siguiente:

“en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, (i) antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 la vinculación y cotización para trabajadores independientes era voluntaria, por tanto, conforme a los Decretos 692 de 1994⁷³ y 1406 de 1999, el aporte debía ser anticipado, so pena de que se aplicara a periodos futuros; y, (ii) con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 la vinculación y cotización para trabajadores independientes es obligatoria, por tanto, conforme al Decreto 3085 de 2007, la cotización sigue siendo mes anticipado, pero el no hacerlo en la oportunidad debida no determina la imputación al mes posterior, sino que permite convalidar el aporte con el pago debido de la sanción por mora”.

Con base en lo anterior, se estudió la acción de tutela instaurada por un ciudadano al que Colpensiones le había negado el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988, por no tener en cuenta el pago extemporáneo, realizado en el año 2008, de las cotizaciones adeudadas durante los periodos pensionales comprendidos entre junio de 1999 y diciembre de 2002. En concreto, la Sala determinó que, al tratarse de aportes causados antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, resultaba jurídicamente imposible computar la cancelación extemporánea de manera

⁶⁹ M.P. María Victoria Calle Correa. En esa ocasión se estudió el caso un ciudadano al que Colpensiones se había negado a reconocer y pagar la pensión de jubilación por aportes de que trata la Ley 71 de 1988, por no tener en cuenta las cotizaciones extemporáneas realizadas directamente por el afiliado en el año 2008, respecto de aportes adeudados de los periodos causados desde junio de 1999 hasta diciembre de 2002.

⁷⁰ En reiteración de lo dicho en la sentencia T-377 de 2015. M.P. Alberto Rojas Ríos.

⁷¹ *“Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”.*

⁷² El artículo 2º de la Ley 797 de 2003 modificó y adicionó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, de modo que en su literal a) se dispuso que *“la afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes”.*

⁷³ *“Por el cual se reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993”.*

retroactiva. No obstante, de acuerdo con lo indicado en los Decretos 692 de 1994 y 1406 de 1999, dispuso la aplicación de dicho pago a los periodos futuros, pues así el demandante resultaba titular de la prestación requerida.

De esta forma, aun cuando el desarrollo antes descrito se dio en el marco de controversias relacionadas con la pensión de jubilación o vejez, esta Sala encuentra necesario indicar que, justamente, la construcción jurisprudencial ha recaído sobre la forma en la que pueden validarse los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones de los trabajadores independientes, cuando se hacen de modo extemporáneo. Tal discusión, en consecuencia, no ha dependido ni girado en torno al tipo de riesgo pretendido. Por tanto, dado que no hay razón para efectuar una diferenciación, pues el aporte mensual al sistema se efectúa globalmente para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, resulta obligatorio aplicar el mismo criterio en cada uno de estos eventos.

7. Estudio de los casos concretos

7.1. Expediente T-6546704: Colpensiones vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Gertrudy Cañate Berrío, al negarse a reconocer la pensión de invalidez de la que es titular, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa

Mediante concepto técnico del 29 de marzo de 2016, Colpensiones dictaminó pérdida de capacidad laboral de la señora Gertrudy Cañate Berrío, en porcentaje del 56.1%, causada por “*enfermedad degenerativa, de alto costo, catastrófica y de origen común*”⁷⁴. La fecha de estructuración de la invalidez correspondió al 25 de noviembre de 2014, la cual fue definida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, en dictamen del 10 de agosto de 2016.⁷⁵

Al estudiar la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez elevada por la accionante, Colpensiones advirtió el incumplimiento del requisito de semanas de cotización de que trata el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, relativo a haber “*cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, el 29 de marzo de 2016*”. Con base en esa misma razón, estableció que no era aplicable el régimen previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 (en su redacción original), pues tampoco acreditaba el cumplimiento de 26 semanas de cotización antes de la mencionada fecha.⁷⁶ Para la actora, esta decisión vulnera sus derechos fundamentales, pues, si bien es cierto incumple los requisitos

⁷⁴ Cfr. Folios 22 a 31.

⁷⁵ Vid. Folio 32 a 33.

⁷⁶ Resolución del 20 de enero de 2017 (folios 9-14), confirmada por la del 3 de abril de 2017 (folios 16-18). Folio

señalados por la accionada, desde su perspectiva es titular de la pensión de invalidez, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.

De entrada la Sala encuentra necesario poner de presente una primera situación contraria a los derechos de la actora: Colpensiones, en un claro desconocimiento de la garantía fundamental de la seguridad social e inclusive del debido proceso, ha tomado como parámetro de estudio de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez requerida por la demandante, la fecha de estructuración fijada en una primera oportunidad por parte de dicha entidad, mediante dictamen 29 de marzo de 2016, según la cual la invalidez se consolidó el 17 de febrero de 2016 .

Esta situación ignora, sin ninguna razón, que la señora Gertrudy Cañate Berrío contravirtió ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico la fecha de estructuración determinada por Colpensiones, y que, en tal virtud, se definió que el 25 de noviembre de 2014 corresponde verdaderamente al momento que debe servir como criterio para verificar el cumplimiento de los demás requisitos pensionales.⁷⁷

Luego de la anterior aclaración necesaria, encuentra la Sala que, según la historia laboral obrante en el expediente, la peticionaria cotizó por última vez al Sistema de pensiones el 30 de noviembre de 2013.⁷⁸ Asimismo, que durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral (25 de noviembre de 2014), la actora sólo cotizó 12,87 semanas⁷⁹, por lo que, en efecto, incumple los requisitos contenidos en el artículo 1º Ley 860 de 2003.

En ese sentido, esta Corporación se halla abocada a analizar si, en virtud del principio de la condición más beneficiosa, la petente es titular del derecho pensional requerido. De acuerdo con lo señalado previamente, la aplicación de este mandato constitucional exige del afiliado haber consolidado una *expectativa legítima* de pensión, a través del cumplimiento del requisito de densidad de semanas de cotización para obtener amparo por invalidez, en vigencia de un régimen distinto al existente al momento de estructurarse la pérdida de capacidad laboral.

En el caso de la señora Gertrudy Cañate Berrío, al verificarse los requisitos contenidos en el artículo 39 original de la Ley 100 de 1993 (anterior al régimen introducido por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003), la Sala, nuevamente, constata su incumplimiento. De los hechos debidamente probados se desprende que al momento de estructurarse la pérdida de capacidad laboral, la accionante no cotizaba al sistema de pensiones, por lo que le resultaría aplicable el literal b) del mencionado artículo 39 original, que exige haber aportado “*por lo menos*

⁷⁷ Vid. Folios 32 y 33.

⁷⁸ Vid. Folio 12.

⁷⁹ *Ibidem*.

veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”. Como ya se indicó, la actora dejó de cotizar al Sistema el 30 de noviembre de 2013, por lo que claramente no satisface el requisito bajo estudio.

No se llega a la misma conclusión si se analiza el régimen pensional contenido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de mismo año, vigente hasta el 22 de diciembre de 1993. El literal b) de su artículo 6º exigía como requisito para obtener pensión de invalidez, haber cotizado “*ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez*”. La señora Gertrudy Cañate Berrío formó una expectativa legítima de pensión, en el sentido que el requisito de semanas exigidas para cubrir la contingencia por invalidez le sería respetada, pues antes de que este régimen pensional fuera derogado por la Ley 100 de 1993, reunió 2.989 días de cotización,⁸⁰ equivalentes a más de 400 semanas aportadas.

La accionante, entonces, es titular del derecho a la pensión de invalidez, puesto que, por un lado, cuenta con la calificación de su pérdida de capacidad laboral superior al 50%; y por otro lado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en el caso concreto en razón del principio constitucional de la condición más beneficiosa, la demandante cotizó más de 300 semanas durante la vigencia de dicho régimen pensional.

Con base en lo anterior, la Sala Segunda de Revisión concluye que Colpensiones vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Gertrudy Cañate Berrío, por dos hechos concretos: primero, porque irrespetó la fecha de estructuración fijada de manera definitiva por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Atlántico, mediante dictamen del 10 de agosto de 2016; y segundo, porque, en desconocimiento del principio de la condición más beneficiosa, se negó a reconocer y pagar la pensión de invalidez requerida por la actora, pese a que es titular de la misma, en razón de acreditar los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

En tal virtud, se revocará la sentencia del 20 de septiembre de 2017, proferida por la Sala Séptima de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla (Atlántico), que confirmó el fallo de primera instancia, proferido el 12 de junio de 2017 por parte del Juzgado Segundo de Familia - Oral de Barranquilla (Atlántico). En su lugar, se concederá el amparo de los derechos fundamentales invocados por la señora Gertrudy Cañate Berrío y, como se procedió en la sentencia SU-442 de 2016, se ordenará a Colpensiones que, en el término máximo de 15 días contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca a la demandante la pensión de

⁸⁰ Vid. Folio 9.

invalidez a la que tiene derecho, de acuerdo con lo expuesto en esta sentencia, la incluya en la nómina respectiva y cancele en su favor las mesadas causadas desde el 25 de noviembre de 2014, fecha en la cual se estructuró la pérdida de capacidad laboral superior al 50% de la actora.

7.2. Expediente T-6570630: Colpensiones vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital del señor Remberto Rafael Bedoya Plaza, al negarse a reconocer la pensión de invalidez de la que es titular, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa

El 15 de abril de 2008, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar dictaminó pérdida de capacidad laboral del accionante en un porcentaje del 55.92%, con fecha de estructuración el 8 de mayo de 2007.⁸¹ Luego de que el actor solicitara el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante Colpensiones, la entidad, mediante Resolución del 16 de marzo de 2017,⁸² confirmó la negativa de tal requerimiento por considerar que: (i) se incumplen no sólo los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003, sino también los exigidos en la legislación inmediatamente anterior (Art. 39 original de la Ley 100 de 1993); y (ii) mediante acto administrativo del 10 de septiembre de 2013 se reconoció a favor del demandante una indemnización sustitutiva de pensión de vejez por la suma de \$7.819.838.

Al analizar la situación del accionante, se evidencia que, aun cuando la estructuración de su pérdida de capacidad laboral se dio en vigencia de la Ley 860 de 2003, en efecto no se cumplen ni los requisitos contenidos en dicha legislación para obtener la pensión de invalidez, ni los de la Ley inmediatamente anterior a dicho Régimen, correspondiente al artículo 39 original de la Ley 100 de 1993, pues según se constata en su historial laboral, después de septiembre de 1997 el actor no realizó cotizaciones ante el Sistema de pensiones.

No obstante, antes de que perdiera vigencia el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el actor cotizó 4.145 días,⁸³ correspondientes a más de 500 semanas aportadas, por lo que consolidó una expectativa legítima de pensión en el marco de dicha legislación, susceptible de ser amparada en virtud del principio constitucional de la condición más beneficiosa, y que se consolidó en derecho adquirido cuando, el 8 de mayo de 2007, se estructuró la pérdida de su capacidad laboral superior al 50%. Esto es suficiente para considerar que Colpensiones vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Remberto Rafael Bedoya Plaza, al negarse a reconocer la prestación solicitada por el demandante, pese a que éste era titular de la misma.

⁸¹ *Vid.* Folios 25-28.

⁸² *Vid.* Folios 68-70.

⁸³ *Vid.* Folio 49.

En atención a lo expuesto, se revocará la sentencia del 27 de octubre de 2017, proferida por la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería (Córdoba), que decidió declarar improcedente la acción de tutela de la referencia. En su lugar, se confirmará parcialmente el fallo de primera instancia, proferido el 19 de septiembre de 2017 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Montería (Córdoba), en el que se ampararon los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital invocados por la actora.

Al respecto, debe aclararse que la confirmación *parcial* del fallo de primera instancia obedece a que, si bien se concedió la salvaguarda a que tiene derecho el actor, se ignoraron dos situaciones que merecen especial pronunciamiento y que determinan el alcance de la protección otorgada: por un lado, el reconocimiento previo de una indemnización sustitutiva por valor de \$7.819.838 que, mediante acto del 10 de septiembre de 2013, Colpensiones hizo en favor del demandante; y por otro lado, el lapso transcurrido entre el momento en que se profirió el dictamen de calificación de la invalidez (el 15 de abril de 2008) y la solicitud de reconocimiento de la prestación realizada por el actor el 6 de diciembre de 2016.⁸⁴

Aunque durante el trámite de la acción de tutela no se logró tener certeza sobre si la indemnización sustitutiva antes referida fue materialmente recibida por el accionante, lo cierto es que, en caso de que ello hubiera ocurrido, el reconocimiento de la pensión de invalidez que se dispondrá en esta sentencia necesariamente dejará sin efectos el otorgamiento de ese primer emolumento, en razón de la incompatibilidad que presentan estas dos prestaciones (Art. 6 del Decreto 1730 de 2001⁸⁵).⁸⁶ Por ello, corresponderá a la entidad accionada gestionar la compensación de dicha suma de dinero al Sistema de pensiones, a través de un acuerdo de pago que, de manera razonable, será celebrado entre ésta y el señor Remberto Rafael Bedoya Plaza, atendiendo a lo expuesto en la presente providencia.⁸⁷

⁸⁴ Vid. Folios 18 a 22.

⁸⁵ “Por medio del cual se reglamentan los artículos 37, 45 y 49 de la Ley 100 de 1993 referentes a la indemnización sustitutiva del régimen solidario de prima media con prestación definida”.

⁸⁶ Artículo 6º: “las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez”. Al respecto ver, entre otras, las sentencias T-002A de 2017. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y T-150 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁸⁷ Al respecto, debe consultarse la pacífica línea jurisprudencial respecto del tratamiento jurídico que debe recibir la incompatibilidad pensional que se deriva del previo reconocimiento de la indemnización sustitutiva y sus efectos. A modo de ilustración, en la sentencia T-596 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se indicó lo siguiente: “Ahora bien, en relación con la incompatibilidad que establece el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001 entre las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, y las pensiones que cubren dichos riesgos, cabe señalar que esta Corporación, en su jurisprudencia, ha considerado que dicho precepto no constituye una impedimento para que los fondos de pensiones estudien nuevamente el derecho de un afiliado, al que le fue reconocida una indemnización sustitutiva, de percibir una pensión que cubra de manera más amplia las mencionadas contingencias, pues sucede que hay casos en que se demuestra que desde el primer acto que resolvió la solicitud pensional la persona interesada tenía el derecho a la pensión, y sin embargo, no se le reconoció ya sea porque le exigieron un requisito inconstitucional o porque se le aplicó equivocadamente una norma sustantiva. En consecuencia, la incompatibilidad de los beneficios pensionales no es una barrera para evaluar nuevamente los casos, ni efectuar un reconocimiento pensional, sino que debe interpretarse como una imposibilidad de que los

En relación con la segunda cuestión, no puede perderse de vista que aun cuando el reconocimiento de la titularidad del derecho a la pensión de invalidez se perfeccionó en el momento en que se estructuró la pérdida de capacidad laboral, el 8 de mayo de 2007, ha transcurrido un lapso significativo entre ese instante y la fecha en la cual se encuentra acreditado que el actor solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento de la prestación, esto es, el 6 de diciembre del año 2016. Bajo estas circunstancias, es necesario dar aplicación a la prescripción trienal de que trata el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo,⁸⁸ de modo que la entidad pensional deberá pagar las mesadas causadas de manera retroactiva, sin perjuicio de que se aplique la prescripción antes referida.⁸⁹

aportes al sistema financien dos prestaciones simultáneamente, cuando una de ellas se otorga con apego a las normas legales y a la Constitución. // Dicha doctrina constitucional se fundamenta en el carácter irrenunciable e imprescriptible del derecho a la seguridad social (art. 48 CP), en el sentido de que el reconocimiento de una indemnización sustitutiva no puede significar la renuncia a percibir una pensión a la cual se tenía derecho desde el principio. El derecho a determinada prestación nace cuando una persona cumple los presupuestos legales vigentes al momento de causarse el mismo, y ese derecho es irrenunciable. El afiliado puede abstenerse de reclamar el pago efectivo de las mesadas, e inclusive puede aceptar otra prestación sustituta, pero no despojarse de la titularidad del derecho, ni de la facultad de reclamar en el futuro el pago periódico de su prestación. // La irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social se refuerza en la dimensión de derecho fundamental que adopta cuando, por ejemplo, está orientada a garantizar el mínimo vital de personas en situación de debilidad manifiesta, que dependen, en gran medida, de un ingreso regular para satisfacer las necesidades más básicas de vida, como la alimentación, el vestido y la vivienda. En estos casos el derecho a la seguridad social adquiere dimensiones de derecho fundamental, y la garantía de irrenunciabilidad se hace un tanto más importante, precisamente porque se constituye en un presupuesto para el goce efectivo de otros bienes superiores, como la vida y la dignidad humana. // De otra parte, cabe precisar que un eventual reconocimiento de la pensión de invalidez o de vejez a un afiliado que ha recibido una indemnización sustitutiva por alguna de las dos contingencias no afecta la sostenibilidad financiera del sistema, pues existen mecanismos para que pueda deducirse de las mesadas lo pagado por concepto de indemnización sustitutiva, y así asegurar que los aportes del asegurado financien solamente una prestación. De esta forma, se cumple con el objetivo del mandato de incompatibilidad de las prestaciones y con el respeto a los derechos adquiridos y el carácter irrenunciable de la seguridad social. En diferentes oportunidades, la Corte ha utilizado este mecanismo para armonizar los postulados descritos, autorizando a la demandada, por ejemplo, a que descuenta lo pagado por indemnización sustitutiva de las mesadas pensionales, sin que se afecte el derecho al mínimo vital". En ese mismo sentido, ver, entre otras, las siguientes sentencias: T-682 de 2017. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-065 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-069 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; T-606 de 2014. M.P. María Victoria Calle Correa; T-937 de 2013. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; entre otras.

⁸⁸ Artículo 488: “Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto”.

⁸⁹ La aplicación oficiosa de la prescripción en este caso se fundamenta no sólo en el lapso significativo que ha transcurrido entre la constitución del derecho y la reclamación administrativa para la obtención de la prestación, sino en el tipo de protección otorgada en esta ocasión. El reconocimiento del derecho que aquí se decide se hace en el marco del control constitucional que ejerce la Corte, de carácter excepcional, y que justifica una revisión amplia del asunto. Además, no puede perderse de vista que, del estudio de los requisitos de procedencia de la tutela, surgió la necesidad de disponer el amparo definitivo de las garantías invocadas, lo que deviene en la resolución permanente del derecho pensional del que es titular el demandante. Esta Corte ha autorizado la aplicación oficiosa en materia de pensiones en varios casos en los que, al igual que en este, se ha ordenado el reconocimiento y pago inmediato de la prestación; ver, por ejemplo, las sentencias T-480 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-722 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-471 de 2014. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-538 de 2015. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-111 de 2016. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-721 de 2016. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-315 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-431 de 2017. M.P.

Aclarado lo anterior, la Sala Segunda de Revisión, entonces, confirmará parcialmente el fallo de primer grado, en el sentido de tutelar los derechos fundamentales invocados por el actor y, en consecuencia, ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que, en el término máximo de 15 días contados a partir de la notificación de esta sentencia: (i) reconozca al demandante la pensión de invalidez a la que tiene derecho, de acuerdo con lo expuesto en esta sentencia, (ii) le incluya en la nómina respectiva, y (iii) cancele en su favor las mesadas causadas desde el 8 de mayo de 2007, sin perjuicio de la prescripción trienal de que trata el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

Asimismo, se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y al señor Remberto Rafael Bedoya Plaza que, en el término máximo de 20 días siguientes a la notificación de esta sentencia, y en caso que efectivamente el actor hubiera recibido la indemnización sustitutiva reconocida mediante acto del 10 de septiembre de 2013, celebren un acuerdo de pago mediante el cual se garantice la compensación del valor otorgado por dicho concepto.

7.3. Expediente T-6583898: el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Gavy Mariela Muñoz Pasuy, al negar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de la que es titular la accionante, sin tener en cuenta la valoración especial que debe realizar frente a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, cuando se trata de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas

El 7 de octubre de 2015, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Nariño dictaminó la pérdida de capacidad laboral de la accionante en un porcentaje igual al 66.33%, con fecha de estructuración el 27 de junio de 2013, causada por diagnóstico de “*trastorno depresivo recurrente, episodio grave presente, hipotiroidismo, gastritis crónica, várices en MMIP*”⁹⁰. Al conocer la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez elevada ante la accionada, esta entidad, mediante acto del 22 de febrero de 2016, negó el requerimiento, por incumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Específicamente, indicó que, al momento en que se estructuró la invalidez, la demandante no acreditaba 50 semanas de cotización.

Constatada la información disponible en el expediente, se encuentra que, si bien en este caso el dictamen de calificación de la invalidez definió como fecha de estructuración de la misma el 27 de junio de 2013, el historial laboral de la accionante demuestra que, con posterioridad a esa fecha, se conservó su

Iván Humberto Escruera Mayolo; T-532 de 2017. M.P. Alberto Rojas Ríos; T-703 de 2017. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-273 de 2018. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

⁹⁰ Cfr. Folios 16-17.

capacidad laboral. Efectivamente, se registran cotizaciones por lo menos durante los tres años siguientes, siendo el último periodo de aportes realizados, por parte de su empleador, el correspondiente al mes de octubre del año 2015.⁹¹

Igualmente, conforme a las pruebas con las que cuenta la Sala, se tiene que el padecimiento del cual se derivó la pérdida de capacidad laboral de la actora responde no sólo a “*gastritis crónica*”, sino a un complejo padecimiento de salud mental (“*trastorno depresivo recurrente*”) que progresivamente se ha agravado. Así, por ejemplo, para el mes de febrero del año 2018, el concepto médico-psiquiátrico registró: “*paciente con evolución con tendencia muy desfavorable, por tener aumento de riesgos previstos, incluso de suicidio, por empeoramiento de las funciones del pensamiento afectividad y juicio*”⁹². Y en el mes de mayo del mismo año se documentaron “*olvidos 2 años-cefalea pte con evolución progresiva de gran intensidad en región occipital. Además pérdida de la memoria de forma lentamente progresiva*”, a raíz de lo cual se diagnosticó “*cefalea progresiva, más trastorno de la memoria relacionado con demencia ft.s depresivo*”⁹³. Se trata, sin duda, de una enfermedad con claras manifestaciones crónicas y degenerativas.

En ese sentido, no resulta razonable de ninguna manera avalar que Porvenir S.A., pese a ser consciente del tipo de padecimiento que enfrenta la accionante y el número significativo de cotizaciones realizadas con posterioridad a la fecha de estructuración fijada en el dictamen de calificación, desconozca sin ningún motivo la jurisprudencia pacífica que sobre la materia ha construido este Tribunal. Como se explicó con antelación, en este tipo de eventos, en los que la invalidez se deriva de una enfermedad crónica y degenerativa, le es exigible a las autoridades encargadas de verificar el cumplimiento de los requisitos pensionales constatar el momento en el cual ocurrió el cese *definitivo y permanente* de las funciones laborales del afiliado.

En el caso de la señora Gavy Mariela Muñoz Pasuy, debe admitirse que ello ha ocurrido en el mes de octubre de 2015, no sólo por ser éste el último periodo de cotizaciones evidenciado en su historia laboral, sino sobre todo por no tratarse de un asunto en el que se observe un actuar fraudulento por parte de la demandante. Como ya se indicó en consideraciones previas, en la sentencia SU-588 de 2016⁹⁴ la Sala Plena se refirió a la necesidad de constatar que, en asuntos como el que ahora se estudia, la pérdida “*definitiva y permanente*” de la funcionalidad laboral se ha causado tras el agotamiento de la capacidad residual de trabajo de la que disponía el afiliado luego de la fecha de estructuración registrada en el dictamen correspondiente, lo cual exige aplicar de las reglas allí definidas, como a continuación se adelanta respecto del expediente de la referencia.

⁹¹ Vid. Folios 10 a 14.

⁹² Cfr. Folio 42 del cuaderno de revisión.

⁹³ Cfr. Folio 35 del cuaderno de revisión.

⁹⁴ M.P. Alejandro Linares Cantillo.

(i) *La solicitud pensional fue presentada por una persona que padece una enfermedad congénita, crónica o degenerativa:* como ya se dijo, la accionante es una persona que, de acuerdo con su historia clínica, enfrenta complejos diagnósticos de padecimientos crónicos y con claras manifestaciones degenerativas.

(ii) *Que con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, fijada por la autoridad médico-laboral, la persona cuente con un número importante de semanas cotizadas:* previamente se advirtió que estas reglas son, en estricto sentido, criterios jurisprudenciales, y por tanto exigen una valoración “*caso a caso*”. Dicho esto, en el asunto bajo estudio se observa que la señora Gavy Mariela Muñoz Pasuy cotizó con posterioridad a la fecha de estructuración un total de 115.83, tal como se detalla más adelante al momento de valorar el cumplimiento de los requisitos.

(iii) *Que los aportes fueron realizados en ejercicio de una efectiva y probada capacidad laboral residual, es decir que, en efecto, la persona desempeñó una labor u oficio y que la densidad de semanas aportadas permite establecer que el fin de la persona no es defraudar al Sistema:* de acuerdo con lo evidenciado en la historia laboral de la accionante,⁹⁵ luego del 27 de junio de 2013 (fecha de estructuración fijada en el dictamen) se realizaron cotizaciones ininterrumpidas, siempre como afiliada dependiente de la empresa “*Editora Académica de Lectura Sináptica Colombiana S.A.S. – Sináptica S.A.S.*”⁹⁶, hasta el mes de octubre de 2015, en la que definitivamente cesaron los aportes. Aunado a esto, no hay referencia alguna por parte del fondo pensional destinada a hacer evidente algún tipo de accionar fraudulento por parte de la demandante. Es así que, en virtud del principio de buena fe y con base en los elementos de juicios antes referidos, resulta ciertamente necesario concluir que el actuar de la accionante nunca ha tenido como único propósito el cumplimiento forzoso y desleal de los requisitos para acceder a la pensión pretendida.

Precisada la valoración de la fecha de estructuración de la invalidez de la accionante, corresponde ahora a esta Corporación resolver si se cumplen los requisitos para ser titular de la pensión de invalidez. Para tal efecto, debe recordarse que, según el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, quien ha perdido la capacidad laboral en un porcentaje igual o mayor al 50% por enfermedad, debe haber “*cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración*”. La señora Gavy Mariela Muñoz Pasuy, de acuerdo con lo expuesto, tiene derecho a la pensión de invalidez, pues si bien no cuenta con las 50 semanas cotizadas durante el año inmediatamente anterior a la estructuración fijada en el dictamen emitido por la autoridad médico-laboral, lo cierto es que en los tres años previos al momento en que se causó la pérdida definitiva y permanente de su capacidad

⁹⁵ Vid. Folios 10 a 14.

⁹⁶ *Ibidem*.

laboral (octubre de 2015) cotizó ante el Sistema de pensiones muchas más de las referidas 50 semanas: un total de 115,83.⁹⁷

Así las cosas, la Sala Segunda de Revisión concluye que el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. vulneró los derechos fundamentales de la señora Gavy Mariela Muñoz Pasuy, al negarse a reconocer la pensión de invalidez de la que era ella titular, en desconocimiento de las reglas jurisprudenciales que este Tribunal ha fijado en materia de valoración de la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral cuando se trata de enfermedades crónicas degenerativas o congénitas.

En razón de lo dicho, se revocará la sentencia del 5 de octubre de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de San Juan de Pasto (Nariño), que en única instancia resolvió declarar improcedente la acción de tutela de la referencia. En su lugar, se dispondrá el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Gavy Mariela Muñoz Pasuy, y como consecuencia se ordenará a la entidad accionada que, en el término máximo de 15 días contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca a la demandante la pensión de invalidez a la que tiene derecho, de acuerdo con lo expuesto en esta sentencia, la incluya en la nómina respectiva y cancele en su favor las mesadas causadas desde el 31 de octubre de 2015, fecha en la cual se estructuró la pérdida *definitiva y permanente* de capacidad laboral de la actora.

7.4. Expediente T-6704865: la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Juan Guillermo Quiroz Zapata, al negar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de la que es titular el accionante, sin tener en cuenta los pagos extemporáneos de los aportes que, al corresponder a periodos causados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, deben ser incluidos en el estudio de los requisitos

El 15 de noviembre de 2016, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas dictaminó la pérdida de capacidad laboral del actor en un porcentaje del 63.57%, con fecha de estructuración el 22 de septiembre de 2014, causada por enfermedad de origen común.⁹⁸ Al resolver la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez elevada por el demandante, Protección S.A. resolvió negar la prestación, por encontrar que el actor no cumple el requisito de cotización de que trata el artículo 1º de la Ley 830 de 2003. Para el señor Quiroz Zapata, la decisión de la entidad accionada desconoce que, si bien al momento de la estructuración de la invalidez sólo había cotizado 29.48 semanas durante los 3 años inmediatamente anteriores, actualmente dispone de

⁹⁷ Vid. Historia laboral obrante en los folios 10 a 14.

⁹⁸ Vid. Folio 9 a 17.

58.91 semanas de aportes, debido a que los “*periodos 2012 (parcial), 2013 (parcial) y enero de 2014*”⁹⁹ fueron cancelados extemporáneamente durante los años 2016 y 2017.

La Sala observa que, de acuerdo con la comunicación proferida por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., el 31 de octubre de 2017, los periodos excluidos en el estudio de su pensión de invalidez, por haber sido cancelados directamente por el afiliado de forma extemporánea, fueron computados por este fondo pensional en su historia laboral, así:

Periodo de cotización	Fecha de pago
2012-02	2017-01-02
2012-03	2017-01-02
2013-09	2016-12-23
2013-10	2017-01-02
2013-11	2017-01-02
2013-12	2017-01-02
2014-01	2017-01-02

Lo anterior condujo a que el accionante tan sólo dispusiera de 29.48 semanas cotizadas durante los 3 años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, lo que determinó la negativa para acceder a la prestación solicitada.

En virtud de lo indicado en esta sentencia, con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 la afiliación al sistema de pensiones se convirtió en una obligación para los trabajadores independientes, por lo que a partir de ese momento es jurídicamente posible la constitución en mora por incumplimiento de deber de cotizar. Con ello, y en atención a lo dispuesto el artículo 7° del Decreto 3085 de 2007, se abandonó el criterio según el cual los aportes realizados por parte de este tipo de afiliados necesariamente deben ser anticipados.

Así, se introdujo la regla según la cual los aportes pensionales adeudados por trabajadores independientes pueden ser cancelados de forma extemporánea y computados de manera retroactiva, siempre que no se trate de periodos transcurridos antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, pues de lo contrario la aplicación del pago se hará de forma futura.

En el caso de la referencia, se observa que los periodos adeudados y cancelados de forma extemporánea por el actor, en calidad de trabajador independiente, no sólo se causaron con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, sino que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. recibió y aceptó el pago de los mismos. En ese sentido, no hay razón para impedir que éstos sean automáticamente tenidos en cuenta para

⁹⁹ Cfr. Folio 4.

verificar el cumplimiento de la pensión de invalidez requerida por el demandante.

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., entonces, vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Juan Guillermo Quiroz Zapata, quien tiene derecho a la pensión de invalidez porque, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003: (i) presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, estructurada el 22 de septiembre de 2014, y (ii) durante los 3 años anteriores a dicha fecha, cumplió un total de 59,51 semanas de cotización (29,43 oportunas y 30,03 extemporáneas).

Ahora bien, debe advertirse que en este caso no es posible señalar que la titularidad del derecho a la pensión de invalidez se perfeccionó, como suele ocurrir, con el acaecimiento del riesgo susceptible de amparo pensional (la invalidez), sino con la efectiva superación del pasivo adeudado por el actor, ocurrida el 2 de enero de 2017, por lo que sólo desde ese momento es exigible el pago de la prestación requerida.

En tal virtud, se revocará la sentencia del 22 de enero de 2018, proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia de Chinchiná (Caldas), que decidió confirmar la improcedencia declarada en la sentencia de primera instancia, proferida el 22 de diciembre de 2017 por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chinchiná (Caldas). En su lugar, se ampararán los derechos fundamentales que le han sido vulnerados al demandante, y en consecuencia se ordenará a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, en el término máximo de 15 días contados a partir de la notificación de esta sentencia, reconozca al demandante la pensión de invalidez a la que tiene derecho, le incluya en la nómina respectiva y cancele en su favor las mesadas causadas desde el 2 de enero de 2017, fecha en la cual se perfeccionó la titularidad del derecho a la pensión de invalidez.

8. Síntesis de la decisión

En esta Sentencia, la Sala Segunda de Revisión ha estudiado cuatro acciones de tutela relacionadas con el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, negada por parte de los fondos administradores respectivos con base en distintas razones que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, no son constitucionalmente admisibles. Las subreglas que han determinado la solución de los asuntos pueden sintetizarse así:

- i. Una entidad administradora de pensiones vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital de un afiliado cuando niega el acceso a la pensión de invalidez, bajo el argumento según el cual el principio constitucional de la condición más beneficiosa sólo admite la verificación de los requisitos contenidos en el régimen legal inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral. Esto

es así, pues de conformidad con la unificación de jurisprudencia adelantada en la sentencia SU-442 de 2016,¹⁰⁰ el principio bajo referencia tiene como propósito la protección de las expectativas legítimas de pensión que se han consolidado en vigencia de un régimen distinto al del momento en que acaece la invalidez. Dichas expectativas se configuran cuando el afiliado haya cumplido la densidad de semanas exigidas por determinada ley para ser titular de amparo pensional antes de que ésta haya perdido vigencia.

ii. Una entidad administradora de pensiones vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital de un afiliado cuando, a sabiendas de que (i) la pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% ha sido dictaminada a causa de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, y (ii) existe reporte de cotizaciones posteriores a la fecha de estructuración dictaminada por la autoridad técnica, se niega a reconocer y pagar la pensión de invalidez. En estos casos, es obligación del fondo pensional constatar la pérdida *definitiva y permanente* de las funciones laborales del afiliado, siendo la fecha de la última cotización el mayor reflejo de dicha situación y por tanto constitutiva del parámetro para valorar la superación del requisito de semanas de cotización exigido por el régimen correspondiente.

iii. Una entidad administradora de pensiones vulnera los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital de un afiliado cuando decide negar el acceso a la pensión de invalidez, sin tener en cuenta el pago extemporáneo de aportes realizados por un trabajador independiente, siempre que: (i) se trate de periodos causados con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003; (ii) el pago haya sido recibido por parte del Fondo Pensional; y (iii) los aportes no sólo hayan sido incluidos en la historia laboral del afiliado, sino computados a los periodos adeudados. Tener en cuenta la Ley 797 de 2003 es un criterio determinante, pues es sólo a partir de ésta que en Colombia le es obligatorio a quienes fungen como su propio empleador o asumen directamente el riesgo económico de su actividad productiva encontrarse afiliados al Sistema de pensiones, y así cumplir el deber de cotización. La desatención de esta obligación constituye un pasivo pensional que, por tanto, es susceptible de pago por parte del afiliado moroso, siendo procedente, entonces, el cómputo retroactivo los aportes sufragados extemporáneamente.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

¹⁰⁰ M.P. María Victoria Calle Correa.

Primero.- En relación con el expediente T-6546704, **REVOCAR** la sentencia de segunda instancia, proferida el veinte (20) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) por la Sala Séptima de Decisión Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla (Atlántico), en la que se decidió confirmar el fallo de primera instancia, proferido el doce (12) de junio de dos mil diecisiete (2017) por parte del Juzgado Segundo de Familia - Oral de Barranquilla (Atlántico). En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Gertrudy Cañate Berrío, los cuales han sido vulnerados por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de acuerdo con las razones expuestas en esta Sentencia.

Segundo.- Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que, en el término máximo de quince (15) días contados a partir del día siguiente a la notificación de esta sentencia: (i) reconozca a la señora Gertrudy Cañate Berrío la pensión de invalidez a la que tiene derecho, (ii) la incluya en la nómina respectiva, y (iii) cancele en su favor las pesadas causadas desde el veinticinco (25) de noviembre de dos mil catorce (2014), fecha en la cual se estructuró la pérdida de capacidad laboral superior al 50% de la actora.

Tercero.- En relación con el expediente T-6570630, **REVOCAR** la sentencia de segunda instancia, proferida el veintisiete (27) de octubre de dos mil diecisiete (2017) por parte de la Sala Tercera de Decisión Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería (Córdoba), en la que se declaró improcedente la acción de tutela de la referencia. En su lugar, **CONFIRMAR PARCIALMENTE** el fallo de primera instancia, proferido el diecinueve (19) de septiembre de dos mil diecisiete (2017) por parte del Juzgado Tercero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Montería (Córdoba), en el sentido de amparar los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital del señor Remberto Rafael Bedoya Plaza, que han sido vulnerados por la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, de acuerdo con las razones expuestas en esta Sentencia. En consecuencia, **ORDENAR:**

(i) A la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones que, en el término máximo de 15 días contados a partir de la notificación de esta sentencia, reconozca al señor Remberto Rafael Bedoya Plaza la pensión de invalidez a la que tiene derecho, le incluya en la nómina respectiva, y cancele en su favor las mesadas causadas desde el ocho (8) de mayo de dos mil siete (2007), sin perjuicio de la prescripción trienal de que trata el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo.

(ii) A la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y al señor Remberto Rafael Bedoya Plaza que, en el término máximo de veinte (20) días siguientes a la notificación de esta Sentencia, en caso que el actor efectivamente hubiera recibido la indemnización sustitutiva reconocida mediante acto del diez

(10) de septiembre de dos mil trece (2013), celebren un acuerdo de pago mediante el cual el accionante garantice la compensación del valor otorgado por concepto de la mencionada indemnización.

Cuarto.- En relación con el expediente T-6583898, **REVOCAR** la sentencia del cinco (5) de octubre de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de San Juan de Pasto (Nariño), que en única instancia resolvió declarar improcedente la acción de tutela de la referencia. En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital de la señora Gavy Mariela Muñoz Pasuy, que han sido vulnerados por el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., de acuerdo con las razones expuestas en esta Sentencia.

Quinto.- Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que, en el término máximo de quince (15) días contados a partir del día siguiente a la notificación de esta sentencia, reconozca a la señora Gavy Mariela Muñoz Pasuy la pensión de invalidez a la que tiene derecho, la incluya en la nómina respectiva y cancele en su favor las mesadas causadas desde el 31 de octubre de 2015, fecha en la cual se estructuró la pérdida *definitiva y permanente* de la capacidad laboral de la actora.

Sexto.- En relación con el expediente T-6704865, **REVOCAR** la sentencia de segunda instancia, proferida el veintidós (22) de enero de dos mil dieciocho (2018) por parte del Juzgado Promiscuo de Familia de Chinchiná (Caldas), en la que se decidió confirmar la improcedencia declarada en la sentencia de primera instancia, proferida el veintidós (22) de diciembre de dos mil diecisiete (2017) por parte del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Chinchiná (Caldas). En su lugar, **TUTELAR** los derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital del señor Juan Guillermo Quiroz Zapata, que han sido vulnerados por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., por las razones expuestas en esta sentencia.

Séptimo.- Como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que, en el término máximo de quince (15) días contados a partir de la notificación de esta sentencia, reconozca al señor Juan Guillermo Quiroz Zapata la pensión de invalidez a la que tiene derecho, le incluya en la nómina respectiva y cancele en su favor las mesadas causadas desde el dos (2) de enero de dos mil diecisiete (2017), fecha en la cual se perfeccionó la titularidad de la prestación.

Octavo.- A través de la Secretaría General de esta Corporación, **LÍBRESE** la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado
Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General