

Sentencia T-503/17



Referencia: Expediente T-6.075.717

Acción de tutela instaurada por Luz Dary Rodríguez Rodríguez contra la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, conformada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Carlos Bernal Pulido y Alberto Rojas Ríos, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Primera, el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), y en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017) en el trámite de la acción de tutela incoada por la ciudadana Luz Dary Rodríguez Rodríguez, contra Colpensiones.

En virtud de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, remitió a la Corte Constitucional el expediente T-6.075.717; el cual fue seleccionado para revisión por parte de ésta Corporación, mediante Auto del 17 de abril de 2017.

I. ANTECEDENTES

La señora Luz Dary Rodríguez formuló acción de tutela contra la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones¹, tras considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la igualdad, a la vida digna y a la seguridad social, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez argumentando que en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez había cotizado al sistema 47 semanas, por lo que no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003².

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, la actora sustenta sus pretensiones en los siguientes:

1. Hechos

1.1. La señora Luz Dary Rodríguez es una persona de cincuenta y dos (52) años de edad,³ que se afilió al Sistema de seguridad social en pensiones desde el 21 de septiembre de 1993, y realizó aportes hasta el 12 de diciembre de 2005, completando un total de 233 semanas cotizadas⁴.

1.2. Manifiesta la accionante que trabajó en la empresa ARDEMA S.A.⁵, desde el año 2005 hasta finales del 2006. Sin embargo, al solicitar su historia laboral a Colpensiones, advirtió que dicha empresa no realizó los aportes a pensiones durante el año 2006.

1.3. Debido al estado de salud de la accionante, el 20 de agosto de 2008, la Junta de Calificación de Invalidez de Bogotá emitió dictamen en donde fijó una pérdida de la capacidad laboral del 52.96%, con fecha de estructuración del 31 de agosto de 2007⁶.

1.4. En vista de lo anterior, la accionante solicitó el 18 de mayo de 2010⁷ al Instituto de Seguros Sociales (ISS) el reconocimiento de su pensión de invalidez, pues por su condición de salud no está habilitada

¹ De ahora en adelante al hacer referencia a la Administradora Colombiana de Pensiones, esta será identificada por su sigla Colpensiones.

² De ahora en adelante al hacer referencia al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, este será identificado como artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

³ En la Cédula de ciudadanía de la señora Luz Dary Rodríguez, consta que su fecha de nacimiento es el diecisiete (17) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965) (folio 113 del cuaderno principal). En adelante siempre que se haga mención a un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente lo contrario.

⁴ Folio 24.

⁵ Nit. 830138562.

⁶ Folios 1 a 3.

⁷ Folio 23.

para trabajar y no cuenta con otras fuentes de ingresos. Pese a esto, indicó estuvo vendiendo tintos en las horas de la mañana en la puerta de su casa lo que le permitía sostenerse medianamente *“pero el médico [l]e dijo que no podía seguir usando las muletas, debía usar silla de ruedas”*⁸ por lo que considera que ya no tendrá como adquirir su sustento.

1.5. Mediante Resolución GNR 18999 del 25 de junio de 2010,⁹ la referida entidad negó el reconocimiento pensional. Para tal efecto, señaló que el régimen aplicable a la señora Rodríguez es el contenido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que los requisitos para obtener la pensión son: (i) haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración y (ii) tener una fidelidad con el sistema de al menos 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. Indicó, que la señora Rodríguez tan solo tiene 47 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración, y no cumple con el requisito de fidelidad al sistema.

1.6. Contra la Resolución GNR 18999 del 25 de junio de 2010, la accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos por Colpensiones en el sentido de confirmar la decisión recurrida, mediante las Resoluciones No. 9932 del 24 de marzo de 2011 y la 3886 del 26 de agosto de 2011.

1.7. El 7 de abril de 2016,¹⁰ la señora Luz Dary Rodríguez presentó nuevamente derecho de petición ante Colpensiones solicitando el reconocimiento de su pensión de invalidez y el pago de las mesadas dejadas de cotizar en el año 2006 por su empleador ARDEMA S.A.

1.8. Por medio de Resolución GNR 143380 de 16 de mayo de 2016, Colpensiones negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de Luz Dary Rodríguez. Para ello, señaló que actualmente cuenta con 212 semanas cotizadas durante su historia laboral y sólo tiene 44.86 aportadas al sistema en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y no las 50 semanas exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Adicionalmente indicó que el requisito de fidelidad al sistema fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, por lo que no puede ser exigido para el reconocimiento pensional.

⁸ Folio 124.

⁹ Folios 23 al 25.

¹⁰ Folio 4 a 6.

Colpensiones agregó que no puede aplicársele la condición más beneficiosa, por cuanto no se cumplen los requisitos para el reconocimiento de la pensión al amparo de la normativa anterior, esto es, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, según la cual el afiliado al Sistema debía registrar un mínimo de 26 semanas de aportes en el último año a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, o bien, 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a la fecha en que se produjera el estado de invalidez, en caso de que hubiere dejado de cotizar.

1.9. El 13 de junio de 2016, la accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación contra la Resolución que negó nuevamente su reconocimiento pensional. Mediante Resolución GNR 231492 del 8 de agosto de 2016 Colpensiones rechazó el recurso de reposición al haber sido presentado de forma extemporánea.¹¹

1.10. Manifiesta la accionante que no cuenta con ninguna fuente de ingresos económicos que le permita satisfacer sus necesidades mínimas, sumado a su difícil estado de salud,¹² motivo por el cual el 19 de abril de 2016 solicitó nuevamente ante Colpensiones el reconocimiento pensional.

2. Solicitud de tutela

Con fundamento en los hechos expuestos, el 22 de noviembre de 2016, Luz Dary Rodríguez Rodríguez formuló acción de tutela por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la igualdad, a la vida digna y a la seguridad social. En consecuencia, solicitó, como objeto material de protección, se ordene a Colpensiones reconocer la pensión de invalidez y pagar las mesadas dejadas de percibir desde el mes de agosto de 2007.

3. Pruebas relevantes aportadas al proceso

En el trámite de la acción de tutela se allegaron las siguientes pruebas:

¹¹ Folios 143 a 144.

¹² De la historia clínica de la accionante, se desprende que esta padece: fibromialgia, polineuropatía progresiva, síndrome de dolor regional complejo en rodilla, artritis reumatoide y osteoporosis secundaria. (Folios 14, 19 al 20, 29 al 33, 45, 52 al 53, 73 al 87)

3.1. Copia de la solicitud elevada el 7 de abril de 2016, por la señora Luz Dary Rodríguez ante Colpensiones, *“por medio de la cual reclama el reconocimiento de la pensión de invalidez”*¹³.

3.2. Copia de la Resolución GNR 18999 del 25 de junio de 2010 de Colpensiones *“por medio de la cual se resuelve una solicitud de prestaciones económicas en el Sistema General de Pensiones. Régimen Solidario de prima media con prestación definida”*¹⁴.

3.3. Copia de la Resolución GNR 143380 del 16 de mayo de 2016 de Colpensiones *“por la cual se niega una pensión de invalidez”*¹⁵.

3.4. Copia de la Resolución GNR 231492 del 8 de agosto de 2016 de Colpensiones *“Por la cual se rechaza un recurso contra la Resolución No. 143380 del 16 de mayo de 2016 y se niega una pensión de invalidez”*¹⁶.

3.5. Copia de la historia clínica de la señora Luz Dary Rodríguez¹⁷.

3.6. Copia de la certificación de semanas cotizadas a la Cruz Blanca EPS¹⁸.

3.7. Copia de las incapacidades prescritas a la accionante por Cruz Blanca EPS¹⁹.

3.8. Copia del resumen de semanas cotizadas por el empleador desde el año 1993 hasta el 2005, expedido por Colpensiones²⁰.

4. Respuesta de las entidades demandadas

4.1. La Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones

La Vicepresidente Jurídica y Secretaria General de Colpensiones se opuso a las pretensiones de la acción de tutela y solicitó sea declarada improcedente, al considerar que la solicitud pensional elevada por la accionante fue resuelta mediante la Resolución GNR 231492 de 8 de agosto de 2016.

¹³ Folios 4 al 6.

¹⁴ Folios 23 al 25.

¹⁵ Folios 140 al 141.

¹⁶ Folios 143 al 144.

¹⁷ Folios 14, 19 al 20, 29 al 33, 45, 52 al 53, 73 al 87.

¹⁸ Folios 28 y 93.

¹⁹ Folios 54 a 72.

²⁰ Folios 107 al 109.

Señaló que si la señora Rodríguez está en desacuerdo con la decisión de la resolución precitada, debe agotar los procedimientos administrativos y judiciales dispuestos para tal fin y no acudir a la acción de tutela, *“ya que ésta solamente procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial”*.²¹

4.2. ARDEMA S.A.

Mediante auto de 1º de junio de 2017, el magistrado sustanciador vinculó a la empresa ARDEMA S.A. al presente proceso. Sin embargo, dicha empresa guardó silencio.

5. Sentencias objeto de revisión

5.1. Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Primera

En sentencia del 6 diciembre de 2016, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Primera, negó el amparo solicitado en la acción de tutela presentada por Luz Dary Rodríguez. A su juicio, la accionante no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, ni probó que el incumplimiento de estos fuera imputable a la mora de su empleador o a Colpensiones.

Resaltó el juez de instancia, que la negativa por parte de Colpensiones en reconocer la pensión de invalidez se encuentra ajustada al ordenamiento jurídico pues *“si bien la accionante cumple con el requisito de la pérdida de capacidad laboral, debido a que fue calificada con índice mayor al 50%, prima facie no se evidencia acreditación del mínimo de semanas cotizadas, a la luz del régimen previsto originalmente en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 ni del traído posteriormente por la Ley 860 de 2003”*.²²

En relación con la omisión por parte de la empresa ARDEMA S.A., de realizar los aportes al Sistema de seguridad social en pensiones durante los años 2005 y 2006, consideró el juez que *“para el despacho no es claro que la señora Luz Dary Rodríguez haya laborado durante la totalidad de los años 2005 y 2006 en la empresa ARDEMA S.A., tal y como ella lo afirma y, en consecuencia, que se hubiese presentado una*

²¹ Folio 138.

²² Folio 154.

*mora patronal en el pago de los aportes correspondiente al Sistema integral de pensiones”.*²³

5.2. Impugnación

La señora Luz Dary Rodríguez Rodríguez, presentó escrito de impugnación contra el fallo de primera instancia. En este, sostuvo que el juez no valoró que Colpensiones no quiere reconocerle el tiempo laborado y cotizado por la empresa ARDEMA S.A. durante todo el 2005, el cual en el evento de ser contabilizado sumaría un total de 51 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

5.3. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B

En sentencia del 16 de febrero de 2017, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, revocó la decisión de primera instancia y declaró improcedente la acción de tutela interpuesta por la señora Luz Dary Rodríguez. Indicó, que la accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial mediante los cuales puede solicitar la revocatoria del acto administrativo que le negó el reconocimiento pensional.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del dieciséis (16) de marzo de dos mil diecisiete (2017) expedido por la Sala de Selección Número Tres de esta Corporación, que decidió someter a revisión el presente asunto.

2. Planteamiento del caso objeto de estudio y del problema jurídico

2.1. La accionante considera que Colpensiones vulneró su derecho fundamental al mínimo vital, a la igualdad, a la vida digna y a la seguridad social al no reconocerle el derecho a la pensión de invalidez, a pesar de que se le dictaminara una pérdida de la capacidad laboral del

²³ Folio 156.

52.96%, bajo el argumento de no haber cotizado las semanas exigidas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Por su parte, Colpensiones solicitó se declare improcedente la presente acción, en tanto la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial.

Con base en los antecedentes reseñados, y atendiendo al criterio de relevancia constitucional que el asunto bajo estudio plantea, le corresponde a la Sala resolver el siguiente problema jurídico:

2.2. ¿Vulnera un fondo de pensiones (Colpensiones) el derecho fundamental al mínimo vital, a la igualdad, a la vida digna y a la seguridad social de una afiliada (Luz Dary Rodríguez Rodríguez) al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez, argumentando que no cotizó las semanas requeridas antes de la fecha de estructuración de la invalidez, lo anterior teniendo en cuenta: (i) la difícil situación de salud en que se encuentra la accionante y (ii) que en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, cotizó al sistema de seguridad social 47.14 semanas y 233 en toda su historia laboral?

2.3. Con la finalidad de dar solución al problema jurídico planteado, la Sala de Revisión abordará los siguientes asuntos: (i) procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se busca el reconocimiento y pago de un derecho pensional; (ii) normatividad y jurisprudencia constitucional sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez; (iii) análisis del cumplimiento del requisito legal de densidad de semanas de cotización para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez; finalmente (iv) la Sala resolverá el caso concreto.

3. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez

3.1. La subsidiariedad como requisito de procedibilidad

3.1.1. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “*sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable*”. En consecuencia, la procedibilidad de la tutela estará supeditada a que el actor no cuente con otro medio de defensa judicial; que el medio existente no sea idóneo o eficaz para la defensa de los derechos cuyo amparo se pretende,²⁴ o

²⁴ La idoneidad del mecanismo judicial “*hace referencia a la aptitud material del mecanismo judicial para producir el efecto protector de los derechos fundamentales, lo cual ocurre cuando existe una*

finalmente, que se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela se concede de manera transitoria, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto por la vía judicial ordinaria.

Esta Corporación ha establecido que, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias relacionadas con el reconocimiento de derechos pensionales, toda vez que es la jurisdicción ordinaria o la jurisdicción contencioso administrativa la competente para resolver este tipo de conflictos, según el caso²⁵.

3.1.2. No obstante lo anterior, la Corte Constitucional estableció en la Sentencia T-653 de 2004 que el derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de derecho fundamental *per se*, en tanto sus titulares son personas que al perder su capacidad laboral, la única fuente de ingresos de la que pueden disponer es la mesada pensional al no poder acceder al mercado laboral. En dicha providencia esta Corporación afirmó:

“Esta penosa situación coloca a dichos individuos en un completo estado de indefensión y vulnerabilidad que hace indispensable la adopción de medidas urgentes para evitar la consumación de un perjuicio irremediable. De esta manera, una persona en tan graves condiciones no puede ser sometida al agotamiento de las vías ordinarias de defensa, ya que ello implicaría una prolongación injustificada de la vulneración de sus derechos fundamentales que conduciría a la consumación de un perjuicio irremediable, en vista de la precaria situación física y económica en que se encuentran”.

Posteriormente, en Sentencia T-533 de 2010 la Corte reiteró la línea establecida en la sentencia antes mencionada, al reconocer que cuando se formula una acción de tutela en aras lograr el reconocimiento de una pensión de invalidez, se trata de un derecho fundamental *per se*, *“susceptible de protección por vía del amparo constitucional, particularmente por coincidir dos elementos fundamentales: (i) por una parte, la calidad del sujeto que la reclama. Es claro que las*

relación directa entre el medio de defensa y el contenido del derecho”. Mientras que la eficacia *“tiene que ver con que el mecanismo esté diseñado de forma tal que brinde de manera rápida y oportuna una protección al derecho amenazado o vulnerado”* (Sentencia T-798 de 2013).

²⁵ De conformidad con el numeral 1º del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 *“por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, la acción de tutela será improcedente en aquellos casos en que existan otros medios de defensa judicial al alcance del accionante.

circunstancias de vulnerabilidad y de debilidad manifiesta de una persona declarada inválida, hacen necesaria la inmediata protección del derecho a la pensión de invalidez, asegurando de esa manera la garantía y respeto de derechos fundamentales como la vida, la dignidad, la integridad física y el mínimo vital entre otros; (ii) En segundo lugar, porque la importancia de tal reconocimiento radica en el hecho de que en la gran mayoría de los casos, esta prestación se constituye en el único sustento económico con el que contaría la persona y su grupo familiar dependiente para sobrellevar su existencia en condiciones más dignas y justas’’²⁶.

3.1.3. En el caso objeto de estudio, en principio, puede afirmarse que la accionante dispone de otros mecanismos de defensa judicial para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante la jurisdicción ordinaria. En este sentido, el juez de segunda instancia argumentó que la acción de tutela es improcedente, pues en su concepto, la señora Luz Dary Rodríguez Rodríguez tiene a su disposición la jurisdicción ordinaria, para solicitar su pensión de invalidez. A diferencia de la decisión del *ad quem*, la Sala considera que las circunstancias personales de la actora exigen que la protección de sus derechos sea inmediata, por ende, no se encuentra en la obligación de agotar el proceso ordinario, tal como se argumentará a continuación.

En el expediente está probado que la peticionaria:

- (i) Es un sujeto de especial protección constitucional, pues se encuentra en situación de invalidez, al tener una pérdida de la capacidad laboral del 52.96%, con fecha de estructuración del 31 de agosto de 2007, de acuerdo con el dictamen emitido por la Junta de Calificación de Invalidez de Bogotá el 20 de agosto de 2008.
- (ii) Si bien trabajó desde el año 1993 hasta el año 2005 con varios empleadores,²⁷ con el fin de satisfacer autónomamente sus necesidades básicas, actualmente no percibe ningún ingreso debido a su estado de salud.

²⁶ En la Sentencia T-533 de 2010, esta Corporación estudió una acción de tutela instaurada por una persona calificada con un 58.54% de pérdida de la capacidad laboral con fecha de estructuración del 8 de septiembre de 2005, a quien el Instituto de Seguros Sociales le negó el reconocimiento de su derecho a la pensión de invalidez argumentando que no cumplió con el requisito de fidelidad al Sistema. La Corte, consideró que la acción de tutela era procedente porque con ella se pretendía proteger el derecho al mínimo vital de un sujeto de especial protección constitucional, afirmación que no fue desvirtuada por la entidad accionada.

²⁷ En el Reporte de semanas cotizadas en pensiones, se evidencia que el peticionario trabajó desde mil novecientos noventa y tres (1993) hasta el año dos mil cinco (2005). (Folios 114 al 116).

- (iii) Finalmente, debido al estado de discapacidad en que se encuentra la accionante no le es posible hacer parte del mercado laboral. Pues como se ha señalado en esta providencia y de las pruebas obrantes en el expediente, se desprende que la señora Luz Dary Rodríguez Rodríguez padece múltiples enfermedades, a saber: fibromialgia²⁸, polineuropatía progresiva²⁹, síndrome de dolor regional complejo en rodilla,³⁰ artritis reumatoide³¹ y osteoporosis secundaria³².

Sumado a la anterior, del estudio del expediente se desprende que la accionante realizó actuaciones tendientes a lograr el reconocimiento de su pensión de invalidez, para lo cual, interpuso los recursos

²⁸ “La fibromialgia es un trastorno que causa dolores musculares y fatiga (cansancio). Las personas con fibromialgia tienen dolor y sensibilidad en todo el cuerpo. Las personas que padecen de fibromialgia pueden también tener otros síntomas, tales como: Dificultad para dormir; Rigidez por la mañana; Dolores de cabeza; (...) Falta de memoria o dificultad para concentrarse (a estos lapsos de memoria a veces se les llama “fibroneblina”). Centro Nacional de Distribución de Información del Instituto Nacional de Artritis y Enfermedades Musculoesqueléticas y de la Piel. https://www.niams.nih.gov/Portal_en_espanol/Informacion_de_salud/Fibromialgia/default.asp.

²⁹ “La Polineuropatía es un subgrupo de desórdenes de nervios periféricos que es típicamente caracterizado por ser un proceso simétrico y diseminado, habitualmente distal y gradual, que puede presentar pérdida sensitiva, debilidad muscular o una combinación de ambas. A menudo ocurre como efecto de medicamentos o como manifestación de una enfermedad sistémica”. <http://publicacionesmedicina.uc.cl/TemasMedicinaInterna/polineuropatias.html>

³⁰ El dolor de este síndrome “suele ser profundo en el miembro. Frecuentemente está exacerbado durante el movimiento, cambios de temperatura, contacto o estrés. Además, con frecuencia hay alodinia (tacto doloroso) o hiperalgesia mecánica. También hay déficits sensitivos en un patrón de guante o media (objetivados mediante potenciales evocados láser), o alteraciones en la percepción corporal, como una sensación de extrañeza o sobredimensión del miembro afectado”. Neurology® 2015; 84:89–96. Síndrome de dolor regional complejo Una perspectiva optimista. 2015 American Academy of Neurology. Frank Birklein, MD* Darragh O’Neill, PhD* Tanja Schlereth, MD*.

³¹ “La artritis reumatoide (AR) es una enfermedad inflamatoria crónica de las articulaciones, de etiología desconocida, y en la que las manifestaciones más habituales consisten en dolor y limitación de la función física. No obstante, también afecta a la esfera psíquica de las personas que la padecen y, muy especialmente, su vida social, incluyendo el área laboral.” (...) El cuestionario Rheumatoid Arthritis Quality of Life (RAQoL) se ha desarrollado para valorar de una forma global el impacto de la enfermedad, basándose en el modelo de calidad de vida de Hunt y McKenna según el cual “calidad de vida es la capacidad del individuo para satisfacer sus necesidades”. El cuestionario RAQoL, desarrollado simultáneamente en Holanda y el Reino Unido, consta de 30 ítems y tarda unos 5-6 min en ser completado. Como era esperable, con su empleo se detectan problemas con la capacidad de movimiento, destreza manual y con los sentimientos personales de depresión o ansiedad. Junto con ello, los pacientes también refieren sentimientos de frustración o vergüenza al no poder realizar actividades que no suponen problema en las personas sanas. También se constatan dificultades con la concentración en la lectura o en la conversación, sentimientos de aislamiento social, miedo al contacto físico –incluso simple como estrechar las manos de otras personas– y preocupación por el futuro de la enfermedad y los efectos secundarios de las medicaciones”. Rev Esp Reumatol 2002; 29 (2):56-64, Medición de la calidad de vida en la artritis reumatoide F. Javier Ballina García Sección de Reumatología. Hospital Central de Asturias.

³² Se denomina osteoporosis secundaria “a aquella que es causada por patologías o medicaciones, distintas a la pérdida ósea explicable por la etapa postmenopáusica o envejecimiento. Las posibles patologías que pueden condicionar la pérdida de masa ósea son muy variadas: endocrinológicas, digestivas, genéticas, hematológicas, reumáticas, post-transplante, farmacológicas y un amplio grupo misceláneo”. http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1137-6272003000600005

administrativos contra el acto que le fue adverso, como consta en la Resolución GNR 143380 del 16 de mayo de 2016, donde Colpensiones realiza un recuento de las actuaciones de la señora Rodríguez³³.

3.1.4. Estas circunstancias permiten a la Sala concluir que la acción objeto de análisis cumple con el requisito de subsidiariedad, siendo necesario un pronunciamiento de fondo sobre la protección de los derechos fundamentales de la señora Rodríguez. Puesto que la carga procesal de acudir al medio ordinario de defensa se torna desproporcionada debido a la condición particular de la persona que invoca el amparo, en tanto la extensión del trámite llevaría a la señora Rodríguez a una situación incompatible con la dignidad humana.

3.2. Inmediatez como requisito de procedibilidad

3.2.1. Por su parte, el principio de inmediatez como requisito de procedibilidad, exige que la acción de tutela sea interpuesta en un tiempo razonable en relación con el acto que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales. Cuando el juez advierte que entre el momento de presentación de la acción y la ocurrencia del acto que conculcó los derechos alegados, transcurrió un lapso de tiempo considerable, este debe analizar los motivos por los cuales se presentó la inactividad del accionante, en tanto es inconstitucional otorgarle un término de caducidad a la acción, o rechazarla únicamente con fundamento en el paso del tiempo³⁴.

En este sentido, en la Sentencia T-1028 de 2010 la Corte señaló lo siguiente:

“Insistentemente ha resaltado esta Corporación que la razonabilidad del plazo no puede determinarse a priori, lo que se traduciría en la imposición de un término de caducidad o prescripción prohibido por el artículo 86 de la Constitución,

³³ En este sentido, Colpensiones realizó un recuento de las actuaciones surtidas por la accionante relativas a su reconocimiento pensional, para lo cual indicó que mediante Resolución No. 018999 del 25 de junio de 2010, se negó la pensión de invalidez a la señora Rodríguez por no acreditar los requisitos mínimos para el reconocimiento de la prestación solicitada. Con ocasión de la anterior negativa, la accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, los cuales fueron resueltos por medio de las Resoluciones No. 9932 del 24 de marzo de 2011 y la Resolución No. 03886 del 26 de agosto de 2011, confirmando la decisión recurrida. Posteriormente, la señora Rodríguez solicitó nuevamente el 19 de abril de 2016 el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez. Mediante Resolución No. 143380 del 16 de mayo de 2016, se negó el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez. Contra dicha resolución interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación.

³⁴ En este sentido, puede consultarse la Sentencia C-543 de 1992, en la cual esta Corporación declaró la inexequibilidad de los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, los cuales regulaban la caducidad de la tutela cuando era interpuesta contra providencias judiciales.

sino de conformidad con los hechos de cada caso concreto. Es por ello que “en algunos casos, seis (6) meses podrían resultar suficientes para declarar la tutela improcedente; pero, en otros eventos, un término de 2 años se podría considerar razonable para ejercer la acción de tutela, ya que todo dependerá de las particularidades del caso”³⁵. ”³⁶

Este requisito, pese a no estar expresamente contenido en el artículo 86 de la Constitución, se fundamenta en la tensión existente entre el derecho de que son titulares todas las personas de presentar, en cualquier momento, una acción de tutela en aras de buscar la protección de los derechos fundamentales y el deber de respetar la configuración de la acción como un medio de protección *inmediata* de tales derechos³⁷.

3.2.2. Este Tribunal ha señalado la existencia de dos factores que, de presentarse, tornan procedente la acción de amparo pese al transcurso de un lapso prolongado de tiempo entre la vulneración del derecho y la fecha de interposición de la acción, a saber: “(i) que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo en el entendido de que si bien el hecho que la originó es muy antiguo, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto a sus derechos continúa y es actual; y (ii) que la especial situación del actor convierta en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de ejercer los medios ordinarios de defensa judicial”³⁸.

3.2.3. Aplicando lo anterior al caso objeto de estudio, encuentra la Sala que la decisión de Colpensiones, de negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la señora Luz Dary Rodríguez, quedó consignada en la Resolución GNR 143380 del 16 de mayo de 2016³⁹. Frente a la negativa de la entidad accionada, el 13 de junio del mismo

³⁵ Sentencia T-328 de 2010.

³⁶ En esta oportunidad, la Corte se pronunció sobre la negativa del acceso a la pensión de sobrevivientes de una mujer, quien formuló la acción de tutela 32 meses después del hecho vulnerador. La Sala de Revisión consideró que debía efectuarse un análisis flexible de la inmediatez, teniendo en cuenta la edad de la peticionaria, el carácter permanente y actual de la violación alegada y su situación de vulnerabilidad económica. En aquella oportunidad, el alto Tribunal Constitucional sostuvo que a pesar de haberse presentado la tutela después de 32 meses del hecho vulnerador: “La finalidad de la exigencia de la inmediatez no es imponer un término de prescripción o caducidad a la acción de tutela sino asegurarse de que se trate de una amenaza o violación de derechos fundamentales que requiera, en realidad, una protección inmediata, como se logra ver en el presente caso”.

³⁷ Ver, entre otras, la Sentencia T-521 de 2013, donde la Corte hizo una exposición detallada del principio de inmediatez al estudiar una acción de tutela mediante la cual se solicitó una sustitución pensional después de que había transcurrido más de un (1) año entre la expedición de la Resolución que negó el acceso a la pensión y la interposición de la acción.

³⁸ Ver Sentencias T-1110 de 2005, T-158 de 2006, T-429 de 2011, T-998 de 2012, SU-158 y T-521 de 2013 y T-483 de 2014.

³⁹ Folio 140 al 141.

año interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, el cual fue resuelto mediante Resolución GNR 231492 del 8 de agosto de 2016, en el sentido de rechazar la interposición del recurso por ser extemporáneo. Con base en tal decisión, el 22 de noviembre de 2016 la accionante formuló acción de tutela por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la igualdad, a la vida digna y a la seguridad social. Es decir, transcurrieron tres meses y medio entre el hecho generador y la interposición de la acción.

Es pertinente resaltar que en esta oportunidad la inmediatez se analiza con respecto a la petición elevada por la accionante a Colpensiones el 7 de abril de 2016,⁴⁰ y no frente a aquella presentada el 18 de mayo de 2010⁴¹ al Instituto de Seguros Sociales (ISS), con base en los siguientes argumentos: en primer lugar, es la petición del año 2016 la cual es objeto de cuestionamiento por parte de la accionante en la presente acción de tutela. En segundo lugar, mediante Resolución GNR 18999 del 25 de junio de 2010,⁴² se negó el reconocimiento pensional a la señora Rodríguez, entre otras razones, por el incumplimiento del requisito de fidelidad con el Sistema establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y dicha decisión fue confirmada por las Resoluciones No. 9932 del 24 de marzo de 2011 y la 3886 del 26 de agosto de 2011, que resolvieron los recursos de reposición y apelación respectivamente. Tal decisión fue adoptada desconociendo que, en virtud de la Sentencia C-428 de 2009, la Corte Constitucional había declarado inexecutable el requisito de fidelidad al sistema, por lo que Colpensiones no podía exigirlo a la accionante.

En esta medida, concluye la Sala que las resoluciones que estudiaron la solicitud pensional de la Señora Luz Dary Rodríguez correspondientes al año 2010 y 2011, no estudiaron de forma adecuada su solicitud pensional al haberle exigido el cumplimiento de un requisito declarado inexecutable por esta Corporación. Razón por la cual, son las resoluciones del año 2016 las que son objeto de estudio por la Sala, y es con base en ellas que se realiza el estudio del cumplimiento del requisito de inmediatez.

La Sala Octava de Revisión considera que en esta oportunidad se cumplió con el presupuesto de la inmediatez como requisito de procedibilidad de la acción, en tanto el tiempo transcurrido entre la ocurrencia del hecho vulnerador y la presentación de la acción de tutela no es desproporcionado.

⁴⁰ Folios 4 a 6.

⁴¹ Folio 23.

⁴² Folios 23 al 25.

4. Régimen jurídico de la Pensión de Invalidez de origen común

4.1. Con la expedición de la Constitución de 1991, se estableció en el artículo 48 la seguridad social⁴³ como un servicio público de carácter obligatorio y un derecho fundamental irrenunciable, orientado por los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad⁴⁴.

La Ley 100 de 1993,⁴⁵ en desarrollo de dichos mandatos constitucionales, creó el sistema general de pensiones, el cual tiene por objeto garantizar a la población el amparo frente a las contingencias derivadas de la vejez, la muerte y la invalidez. Dicha norma, determinó el reconocimiento pensional a aquellas personas que hubieran cotizado al sistema o se encontraran realizando aportes y, eventualmente, sufrieran una pérdida en su capacidad laboral, que les impide continuar trabajando para obtener los recursos que permitan atender sus necesidades vitales y las de su familia. Aunado a lo anterior, mediante este reconocimiento pensional se busca realizar el mandato previsto en el artículo 13 Superior, al brindar especial protección a las personas disminuidas física, económica o mentalmente.

4.2. La pensión de invalidez puede generarse por enfermedades o accidentes de origen común o de origen laboral. En lo que guarda relación con la pensión de invalidez por riesgo común, la normatividad exige (i) una pérdida de la capacidad laboral superior o igual al 50% y (ii) una densidad de cotización previa a la realización del riesgo que protege la prestación. Así, la Ley 100 de 1993 en el artículo 39 señaló los requisitos que debe cumplir el afiliado al Sistema para poder acceder al reconocimiento pensional por invalidez, a saber:

⁴³ Los objetivos de la seguridad social “*guardan necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales, promover las condiciones para una igualdad real y efectiva, adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación*”. (Sentencia T-777 de 2009)

⁴⁴ Como lo manifestó esta Corporación en la Sentencia T-149 de 2002 “*(e)l principio de la solidaridad tiene múltiples manifestaciones en el texto constitucional: en los fines sociales del Estado (art. 2 C.P.), en los deberes sociales del Estado – en relación con personas o grupos discriminados o marginados, niños, adolescentes, mayores de edad, trabajadores, discapacitados, indigentes, madres cabeza de familia – y de los particulares (art. 2 inciso 2 y art. 95 inc. 1 núm. 1 C.P.), en los derechos constitucionales a la subsistencia, a la salud, a la seguridad social, a la vivienda digna, a la educación y al trabajo, en la prioridad del gasto público social sobre cualquier otra asignación y en la adopción del criterio de necesidades básicas insatisfechas para la distribución territorial del gasto público social (art. 350 C.P.), entre otras.*”

⁴⁵ “*Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones*”.

“a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez. \ b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”.

Esta norma fue modificada por el artículo 1° la de la Ley 860 de 2003,⁴⁶ el cual estableció:

*“Artículo 1°. El 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 y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

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

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

Parágrafo 2°. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la

⁴⁶ “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”.

pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres años."

4.3. En la Sentencia C-428 de 2009, la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, determinó que el Legislador, al exigir al afiliado fidelidad con el sistema, agregó un requisito de acceso al beneficio pensional (i) más gravoso para el cotizante y (ii) regresivo frente al nivel de protección que se había alcanzado en el sistema pensional. Por tal motivo, la Sala Plena declaró inexecutable la expresión *"y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez"*⁴⁷. Simultáneamente declaró executable la densidad de semanas exigidas para acceder al beneficio pensional. Este asunto será abordado con mayor detenimiento en el siguiente acápite de las consideraciones.

4.4. En virtud de la decisión adoptada en la Sentencia referida, los requisitos para acceder a la pensión de invalidez según el artículo 39 de la Ley 100, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, son: (i) que el afiliado haya perdido el 50% o más de su capacidad laboral; y (ii) que haya cotizado 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

5. Análisis del cumplimiento del requisito legal de densidad de semanas de cotización para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez

5.1. Mediante la Sentencia C-428 de 2009, la Corte Constitucional estudió, en sede de control abstracto, el requisito de densidad pensional establecido en el numeral primero del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. En esta ocasión, la Sala Plena declaró la exequibilidad de la norma por el cargo de violación del principio de progresividad, con fundamento en que la novedad introducida no era regresiva, ya que a pesar de incrementar el número de semanas, también aumentó el tiempo en el cual estas podían ser aportadas al sistema, lo que permitió que un mayor número de personas pudiera acceder a la pensión de invalidez.

⁴⁷ En la sentencia C-428 de 2009, esta Corporación resalto que *"(e)l establecimiento de una exigencia adicional de fidelidad, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, aparece, prima facie, como una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más riguroso el acceso a la pensión de invalidez. En este caso no hay población beneficiada por la norma como en el requisito de las semanas mínimas de cotización, y no se advierte una conexión entre el fin previsto en la norma -la promoción de la cultura de la afiliación a la seguridad social y el control de los fraudes- con los efectos producidos por la misma"*.

En esta medida, la cosa juzgada constitucional que se configuró en virtud de esta providencia, sobre el requisito de densidad pensional, fue relativa al limitarse a los cargos analizados, por tanto, permite que el juez constitucional efectúe nuevos pronunciamientos sobre el artículo demandado, siempre y cuando no se discutan los temas ya resueltos en la *ratio decidendi* de dicha providencia. Es por esto que, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 puede ser inaplicable⁴⁸ por motivos diferentes a la progresividad, cuando los jueces a la luz de un caso concreto, evalúen si su aplicación desconoce principios y derechos constitucionales.

5.2. El anterior pronunciamiento ha dado lugar a que desde el año 2012, la Corte Constitucional se pronuncie sobre solicitudes de reconocimiento de pensión de invalidez,⁴⁹ donde las entidades encargadas de efectuar el reconocimiento pensional niegan el derecho, debido a que el afiliado no satisface a cabalidad los requisitos de semanas cotizadas exigidas por la Ley, tras realizar una aplicación mecánica de la misma, desconociendo la situación específica del peticionario. En tales casos, algunas Salas de Revisión de esta Corporación han advertido que en ciertos casos “*la exigencia [del] requisito de la densidad pensional implica la vulneración de derechos fundamentales de manera extrema*”.⁵⁰

A continuación la Sala de Revisión hará un breve recuento de la jurisprudencia Constitucional que ha desarrollado el tema bajo análisis.

5.2.1. Mediante Sentencia T-777 de 2009, la Sala Novena de Revisión estudio el caso de una joven de 23 años de edad, que al ser arrollada por un vehículo de servicio público perdió la capacidad laboral en un 76.45%, y el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., negó la pensión de invalidez bajo el argumento de no cumplir con las semanas mínimas de cotización exigidas en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, ni con lo establecido en el artículo 1° de la ley 860 de 2003. La Corte amparó los derechos fundamentales de la joven y reconoció el derecho a la pensión de invalidez, al considerar que en casos como este, el juez constitucional

⁴⁸ Algunas Salas de Revisión de la Corte Constitucional han hecho uso de la figura de la excepción de inconstitucionalidad en el caso concreto, tras considerar que ante tal grado de vulneración de los derechos fundamentales del actor la norma debe ser inaplicada en el caso concreto. La excepción de inconstitucionalidad, se fundamenta en el artículo 4° de la Constitución, que establece que “*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...)*”. Esta norma permite que cualquier autoridad judicial, administrativa e incluso particulares, cuando tengan jurisdicción puedan dejar de aplicar la ley u otra norma jurídica por ser contraria a la Constitución en un caso concreto.

⁴⁹ En este sentido, se pueden consultar las siguientes Sentencias: T-138 de 2012, T-915 de 2014 y T-235 de 2015.

⁵⁰ Sentencias T-235 de 2015.

debe aplicar las disposiciones legales observando los principios constitucionales. En palabras de esta Corporación:

“La necesaria valoración de elementos como el principio de igualdad y del mínimo vital de la actora resalta la relevancia constitucional del problema planteado y obliga a que el juez constitucional se pronuncie respecto de la aplicación de las disposiciones legales en este caso concreto, sobre todo buscando que la misma se haga en concreción del principio de interpretación conforme a la Constitución, de manera que se tengan en cuenta valores y principios constitucionales que necesariamente deben iluminar la lectura de las disposiciones legales. Esto aunado a la especial situación de debilidad manifiesta, y al estado de sujeto de especial protección que reviste la accionante, hace necesario desplegar el contenido material, real y efectivo de los principios de solidaridad e igualdad que ilustran nuestra Carta Magna y nos llevan a concluir lo ya expresado en la sentencia T-110 de 2008”.

5.2.2. En la Sentencia T-138 de 2012, esta Corporación estudió la acción de tutela interpuesta por una persona que solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por padecer VIH/SIDA y la misma le fue negada al haber cotizado al sistema 49 de las 50 semanas exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. En esta oportunidad, la Corte amparó los derechos del accionante tras considerar que, en virtud del principio de solidaridad que rige el Sistema de Seguridad Social en Colombia, y de la finalidad que cumple el requisito de los mínimos de cotización,⁵¹ resultaba desproporcionado no acceder al pago de la pensión de invalidez de una persona que ha cotizado 49 semanas al sistema y por el contrario conceder tal reconocimiento a quienes han aportado 50 semanas.

La Corte resaltó que para el caso de las personas con VIH/SIDA, es posible realizar un análisis más flexible del requisito de densidad en las cotizaciones para acceder a la pensión de invalidez desde una perspectiva *pro persona*, en aras de garantizar los derechos fundamentales de las personas, sin desconocer la sostenibilidad financiera del sistema.

⁵¹ Al respecto, la sentencia en mención indicó que “la exigencia concreta de las 50 semanas, resulta una medida de carácter económico, con la cual el legislador buscó evitar que una persona acceda a un beneficio igualmente económico solventado por el sistema, sin que dicha persona haya aportado un capital proporcional y racional, que el mismo legislador tasó en mínimo 50 semanas de aportes dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. En conclusión, la exigencia en cuestión tiene sentido en la medida en que se cumpla con su propósito económico.”

Frente a la anterior decisión, la Magistrada María Victoria Calle Correa aclaró su voto, tras considerar que la sentencia restringió la aplicación de las reglas establecidas para el reconocimiento pensional de forma inadecuada. En su criterio, los supuestos de hecho que dieron lugar a la decisión allí adoptada configuran tan solo una de las diversas situaciones que pueden llegar a materializarse, dando lugar a una desprotección irrazonable y desproporcionada de las personas que se encuentran en condición de discapacidad y que están “*demasiado cerca*” de cumplir con los requisitos legales para acceder al derecho a la pensión de invalidez que reclaman. En su criterio, dicha providencia limitó el precedente solo a aquellos casos en los cuales el afiliado (i) padezca VIH y (ii) haya cotizado al sistema 49 semanas⁵². Ante esa situación, planteó un modelo de análisis que permita responder satisfactoriamente a esos eventos límites sin restricción de enfermedad o de número de semanas. En este sentido indicó:

“(...) estimo que un caso extremo en este escenario es aquel de quienes “casi” acreditan los requisitos para acceder a la pensión pero no llegan al monto específico de semanas establecido por la ley, de manera que no acceden al derecho a la pensión de invalidez mediante la aplicación mecánica de las normas pertinentes y, por ese motivo, quedan en franca desprotección a sus derechos al mínimo vital y seguridad social. (...) Con base en el caso concreto y jurisprudencia reciente, menciono algunos de los criterios a ser incorporados en el análisis de este tipo de trámites:

3.4.1. El juez debe tomar en cuenta la cantidad de cotizaciones que la persona acredite durante toda su historia laboral con el fin de analizar desde el punto de vista de la solidaridad su solicitud pensional.

(...)

⁵² Al respecto consideró: “En la sentencia de la referencia (T-138 de 2012), la Sala Octava señaló que (i) la especial situación de vulnerabilidad de la actora, derivada de su enfermedad y de tener a su cargo un menor de edad (además de tres hijos mayores); (ii) el hecho de que sólo le faltaba una semana de cotización para acceder el derecho; y (iii) la posibilidad de efectuar un análisis semejante al que se llevó a cabo en la sentencia T-779 de 2009, permitían otorgar el amparo a la peticionaria. Sin embargo, (iv) decidió restringir su alcance, enfatizando que sólo esas tres condiciones dieron lugar al amparo, y que, de faltar 2 o 3 semanas en lugar de una, el análisis sería totalmente diferente”.

3.4.2. *El operador debe analizar con cierta flexibilidad aquellos casos en los que faltan pocas semanas para cumplir el requisito. (...) ⁵³”.*

5.2.3. Posteriormente, en la Sentencia T-670 de 2013 la Sala Cuarta de Revisión estudió una acción de tutela interpuesta por una persona a quien se le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 72.25%, a quien Colpensiones le había negado su pensión de invalidez, por haber cotizado al sistema 43,14 semanas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez. La Corte negó el amparo solicitado, tras considerar que el accionante no cumplió el requisito de densidad en las cotizaciones.

Sin embargo, el Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio salvó el voto indicando que en aplicación de los postulados de justicia material,⁵⁴ casos como el sometido a consideración de la Sala ameritan la protección de los derechos del accionante, pues de lo contrario sería dejar a estas personas en una situación de desprotección absoluta. La postura acogida en la providencia, desconoce que, en el marco de la seguridad social y del sistema pensional, “la jurisprudencia de este alto Tribunal ha establecido que no es suficiente “una valoración formal en perspectiva legal de los requisitos establecidos por la norma para alcanzar el derecho a la pensión de invalidez; [sino que se hace necesario también una] valoración de principios constitucionales y derechos fundamentales”⁵⁵.”

En dicho salvamento de voto, concluyó el Magistrado que “en casos extremos de solicitud pensional en los que no se cumplan a cabalidad los periodos mínimos de cotización y esto derive en una afectación grave y

⁵³ Para cerrar esta posibilidad de que una persona con cualquier densidad de semanas cotizadas al sistema pueda acceder a la pensión de invalidez, la Magistrada precisó que “Esta idea, sin embargo, choca con una objeción evidente: si por vía de jurisprudencia se extiende el acceso al derecho a quienes cuentan con 49 semanas, un caso futuro en el que el peticionario acredite 48 será considerado demasiado injusto, y posteriormente ocurrirá lo mismo con quien pueda demostrar que cotizó un equivalente a 47 semanas, sin que sea claro en dónde se ubicará el límite a las excepciones. ||No se trata, empero, de una sin salida. El requisito legal son 50 semanas y así lo mantiene esta Corporación. La posibilidad de aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a casos extremos pasa por la ponderación de las situaciones de cada controversia; en una de las concepciones más conocidas de la ponderación, el ejercicio consiste en identificar los principios en conflicto y determinar si la afectación de un principio constitucional se justifica porque favorece en mayor medida, otros principios”.

⁵⁴ En este sentido afirmó que “(e)n el marco del Estado social y democrático de derecho, el juez, particularmente cuando obra como juez constitucional, no es el funcionario que aplica mecánicamente las disposiciones legales como verdades absolutas, con abstracción de sus consecuencias en el plano social. Su compromiso férreo con la consecución de la justicia material es determinante y ha de conllevar a una mayor diligencia de cara a los principios consagrados en la Constitución”.

⁵⁵ Sentencia T-777 de 2009.

ostensible del derecho a la seguridad social y la vida digna, es procedente inaplicar la disposición legislativa”.

5.2.4. Luego, en la Sentencia T-915 de 2014, la Sala Octava de Revisión estudio la demanda presentada por varios afiliados al Sistema de Seguridad Social contra Colpensiones. Entre los casos analizados uno de ellos consistía en la negativa de la entidad accionada de reconocer la pensión de invalidez a una persona con 79.03% de pérdida de capacidad laboral, en tanto la actora tenía 49,72 semanas cotizadas. En dicha oportunidad, esta Corporación amplió el precedente fijado en la Sentencia T-138 de 2012, al adoptar los razonamientos presentados en la aclaración de voto de la Magistrada María Victoria Calle, para concluir que la flexibilización del estudio del requisito de las 50 semanas puede ser aplicado a toda enfermedad y semanas cotizadas.

En el caso concreto, estimó que la accionante cumplió con el requisito de densidad pensional, dado que: (i) estuvo muy cerca de cumplir esa condición; (ii) tiene un porcentaje alto de discapacidad; y (iii) su situación económica era precaria para satisfacer sus necesidades básicas y las de su familia. La ponencia resaltó en torno a la situación jurídica de las personas que no cumplen a cabalidad los requisitos legalmente establecidos para acceder a la pensión de invalidez (densidad de semanas), pero se encuentran muy próximos a cumplirlos:

*“(…) en estos casos, en los que se enfrenta el derecho de una persona afectada por una discapacidad a adquirir una fuente de ingresos que le garantice un mínimo de subsistencia, y la sostenibilidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **no existe una respuesta única que se constituya en una regla general y abstracta con la virtualidad de resolver la controversia.** Por lo anterior, es necesario que en cada caso en concreto el juez constitucional estudie las condiciones particulares del actor y realice un juicio de ponderación que tenga en cuenta los costos que inaplicar este tipo de requisitos, suponen para el sistema y determine si la aplicación mecánica de la norma en estudio termina desconociendo en forma desproporcionada los derechos fundamentales del accionante.*

En este orden de ideas, el juez constitucional se encuentra facultado para que, en aras de obtener la efectiva garantía y protección de los intereses por los que propende el ordenamiento jurídico superior, flexibilice el estudio de los requisitos en comento, de forma que en el momento de determinar la titularidad del derecho reclamado se tengan en

cuenta la patologías de las que está siendo sujeto el actor, la cantidad de semanas que acredita haber aportado al sistema y el contexto general en el que se desarrolla su existencia (personas que dependen de él, fuentes alternativas de ingresos, la condición de indefensión que le produce la enfermedad que lo afecta, etc.). De forma que a partir de un juicio de valor que pondere en qué medida se ven afectados los intereses en discusión (teniendo para ello como base lo dispuesto por la Ley, esto es el requisito de las 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración), el juez constitucional determine si es posible que se entienda satisfecho este requisito a pesar de no estar efectivamente cumplido. Lo anterior, sin olvidar que entre más se aleje de su plena satisfacción, en mayor medida se van a ver afectados los intereses ubicados en el otro sector de la balanza y, por tanto, la carga argumentativa y demostrativa que debe agotar se hace más exigente”. (Negrilla fuera del texto original)

5.2.5. Por último, en este breve recuento jurisprudencial en la Sentencia T-235 de 2015 la Corte conoció el caso de una persona a quien se le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, por no cumplir el requisito de las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la discapacidad laboral. En esta oportunidad, la Sala Octava de Revisión reafirmó la postura relativa a flexibilizar el análisis de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en los casos límite donde la persona se encuentra *muy cerca* de las 50 semanas de cotización.

Al respecto, señaló que si bien el requisito de la densidad pensional es constitucional, el estudio mecánico del mismo puede vulnerar derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran cerca de alcanzar las 50 semanas, “(p)or ello, la Corte Constitucional ha planteado una *dogmática de análisis que resuelve esos eventos límite que tiene la virtualidad remediar los posibles quebrantos de principios de la Carta Política. En esas hipótesis, el juez constitucional debe analizar si en atención a las circunstancias de caso concreto existe una vulneración desproporcionada de los derechos fundamentales con el fin de aplicar la excepción de inconstitucionalidad*”.

5.3. De la jurisprudencia reseñada, concluye la Sala que cuando un afiliado al sistema de seguridad social solicita el reconocimiento de la pensión de invalidez, pese a no cumplir con la densidad de semanas exigidas por la normatividad vigente, pero se encuentra próximo a cumplirlos, es necesario que el juez constitucional evalúe, con el fin de

acceder o no al reconocimiento pensional, los siguientes: (i) la situación de desprotección del afiliado (estado de salud, fuentes alternativas de ingresos, personas a cargo, la condición de indefensión que le produce la enfermedad que lo afecta, entre otros); (ii) las semanas efectivamente cotizadas al sistema en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez y durante su historia laboral; y por último, (iii) identificar los principios en conflicto y determinar, por medio de la ponderación, si la afectación de un principio constitucional se justifica porque favorece en mayor medida otros principios.

5.4. En relación con el último de los presupuestos que debe ser analizado por el juez constitucional, esto es el juicio de ponderación, el mismo se efectúa cuando la norma cuya aplicación se cuestiona puede ser inaplicable en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, al resultar desproporcionada para el caso concreto. Siguiendo las conclusiones de la Sentencia C-258 de 2013,⁵⁶ reiterada en la Sentencia T-235 de 2015, el juicio de ponderación⁵⁷ implica el análisis de las siguientes etapas, a saber:

⁵⁶ En esta providencia se indicó que el juicio de proporcionalidad utilizado en dicha decisión es el de origen Europeo, al respecto indicó: “Como fue indicado en las sentencias C-093 de 2001, M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-896 de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras, la doctrina y la jurisprudencia constitucional comparadas, así como la propia práctica de esta Corporación, han evidenciado que existen tres grandes enfoques para la realización de tales escrutinios: (i) Uno de origen europeo, mejor conocido como juicio de proporcionalidad y que será el que se empleará en la presente decisión. (ii) Otro de origen estadounidense, que diferencia distintos niveles de intensidad dependiendo de la materia sometida a control: por ejemplo, los asuntos económicos son sometidos a un nivel leve de escrutinio en el que basta que una medida sea potencialmente adecuada para lograr una finalidad que no es prohibida por el orden constitucional. Por el contrario, controversias que versan sobre derechos fundamentales o sobre tratos diferenciados basados en criterios sospechosos (como sexo, raza, nacionalidad, etc.) deben someterse a un escrutinio estricto, según el cual la medida adoptada por el Legislador debe ser necesaria para alcanzar un fin no solamente permitido, sino imperioso a la luz de la Carta. Las demás controversias se examinan bajo un escrutinio intermedio que exige que el medio elegido por el legislador sea efectivamente conducente o esté sustancialmente relacionado con un fin que debe ser “importante” desde la perspectiva constitucional (ver también las sentencias C-445 de 1995 M.P. Alejandro Martínez Caballero y C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) (iii) Finalmente, la propia Corte ha propuesto un juicio integrado -formulado por primera vez en la sentencia C-093 de 2001- que pretende reunir las ventajas de los dos anteriores mediante la práctica de todos los niveles de examen del juicio de proporcionalidad, pero sometidos a distintos niveles de rigor dependiendo de la materia bajo examen. La Corte no ha unificado su jurisprudencia en torno a cuál juicio o método de análisis debe emplearse en sede de control de constitucionalidad”.

⁵⁷ En términos de la Corte Constitucional, “El juicio de ponderación obliga así a considerar los elementos circundantes a cada principio en pugna, para determinar, luego de un análisis de alcances y consecuencias, derivado del peso mismo de cada principio, a favor de cual debe resolverse la colisión. La finalidad del juicio de ponderación es la maximización de los principios involucrados en las normas en disputa –cuando el análisis se hace respecto de normas jurídicas- de manera que ninguno de los extremos resulte anulado, sino meramente atenuado por el que lo enfrenta. En palabras de la Corte, la “Constitución no consagró un sistema jerárquico entre sus normas, sino un modelo de preferencia relativa, condicionada a las circunstancias específicas de cada caso. La tarea de los distintos operadores jurídicos es, entonces, la de armonizar los distintos derechos y cuando ello no resulte posible, la de definir las condiciones de precedencia de un derecho sobre otro”.(Sentencia C-154 de 2007).

- a. *Finalidad de la medida y la idoneidad de los medios elegidos para alcanzarla*: para superar este análisis, la medida adoptada, que implica una restricción de derechos, debe (i) ser legítima desde una perspectiva constitucional y (ii) ser adecuada para conseguir la meta propuesta, es decir, los medios deben ser aquellos que permitan alcanzar efectivamente el fin perseguido.
- b. La *necesidad* de la limitación: consiste en un análisis que permita establecer si la finalidad perseguida con la medida restrictiva de derechos puede alcanzarse mediante mecanismos menos lesivos para los derechos y principios interferidos.
- c. La *proporcionalidad*. Esta etapa se basa en la realización de un estudio de los costos y beneficios de la medida sometida a control constitucional. Así, una medida es ajustada a la Constitución siempre y cuando no implique un sacrificio mayor al beneficio que puede lograr en una relación de costo – beneficio⁵⁸.

5.5. En el caso objeto de estudio, los principios que se encuentran en colisión son:⁵⁹ de un lado (i) la protección a las personas en situación de discapacidad, la solidaridad, la igualdad y los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital; frente a (ii) los principios de eficiencia económica del sistema, el principio democrático que da un lugar preponderante al Legislador en la configuración del derecho a la pensión, y el principio de igualdad formal, que se ve restringido siempre que el juez crea una excepción para un caso concreto⁶⁰.

6. Caso concreto

6.1. En el asunto que ahora ocupa la atención de la Sala, se discute si Colpensiones vulneró el derecho a la seguridad social, a la igualdad, a la

⁵⁸ En este sentido, la Corte Constitucional en la Sentencia T-555 de 2011, reiteró que “*en la sentencia T-422 de 1992, la Corte Constitucional indicó, como pautas orientadoras, que el trato desigual no afecta el principio de proporcionalidad si es: a) adecuado para el logro de un fin constitucionalmente válido; b) necesario, es decir, que no existe un medio menos oneroso en términos del sacrificio de otros principios o derechos constitucionales, para alcanzar el fin válido; y c) proporcionado, esto es, que el trato desigual no sacrifica valores y principios que tienen un mayor valor en el ordenamiento que aquél que se pretende satisfacer con el trato diferenciado*”.

⁵⁹ Respecto de la colisión de bienes jurídicos, esta Corporación en la Sentencia T-425 de 1995, señaló: “*El ejercicio de los derechos plantea conflictos cuya solución hace necesaria la armonización concreta de las normas constitucionales enfrentadas. El principio de armonización concreta impide que se busque la efectividad de un derecho mediante el sacrificio o restricción de otro. De conformidad con este principio, el intérprete debe resolver las colisiones entre bienes jurídicos, de forma que se maximice la efectividad de cada uno de ellos. La colisión de derechos no debe, por lo tanto, resolverse mediante una ponderación superficial o una prelación abstracta de uno de los bienes jurídicos en conflicto. Esta ponderación exige tener en cuenta los diversos bienes e intereses en juego y propender su armonización en la situación concreta, como momento previo y necesario a cualquier jerarquización o prevalencia de una norma constitucional sobre otra*”.

⁶⁰ Ver Sentencia T-915 de 2014, T-235 de 2015 y la Aclaración de voto a la Sentencia T-138 de 2014.

vida digna y al mínimo vital de la señora Luz Dary Rodríguez Rodríguez, al negar la pensión de invalidez, bajo el argumento de no cumplir el requisito de las semanas cotizadas exigido por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

6.2. De las pruebas obrantes en el expediente, se encuentra que la accionante es un sujeto de especial protección constitucional, pues se trata de una persona de cincuenta y dos (52) años de edad,⁶¹ que presenta múltiples padecimientos, a saber: (i) fibromialgia, (ii) polineuropatía progresiva, (iii) síndrome de dolor regional complejo en rodilla, (iv) artritis reumatoide y (v) osteoporosis secundaria. Como resultado de tales patologías, la peticionaria perdió el 52.96% de su capacidad laboral, discapacidad que se estructuró el día 31 de agosto de 2007 de acuerdo al dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, Cundinamarca.

Ante esa situación, la señora Rodríguez solicitó a Colpensiones el reconocimiento de su pensión de invalidez. Mediante Resolución GNR 143380 de 16 de mayo de 2016, Colpensiones negó el reconocimiento y pago de misma, tras considerar que la accionante tenía 44.86 semanas cotizadas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, y no las 50 semanas exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Contra dicha decisión, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, el cual fue rechazado por extemporáneo mediante Resolución GNR 231492 del 8 de agosto de 2016.

6.3. Antes de resolver el problema jurídico del caso bajo examen, la Sala debe pronunciarse sobre uno de los asuntos planteados por la accionante en la presente acción de tutela, consistente en la presunta ausencia de pago de los aportes pensionales por parte de la entidad accionada de los periodos correspondientes al año 2006. Sobre el particular, encuentra la Corte que si bien la accionante manifiesta que estuvo vinculada laboralmente con la empresa ARDEMA S.A., durante los años 2005 y 2006, del expediente no se desprende prueba alguna que logre evidenciar la relación laboral durante el año 2006. De los elementos probatorios que obran en el expediente se desprende que la entidad accionada realizó aportes al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones hasta diciembre del año 2005⁶².

⁶¹ En la Cédula de ciudadanía de la señora Luz Dary Rodríguez, consta que su fecha de nacimiento es el diecisiete (17) de julio de mil novecientos sesenta y cinco (1965) (folio 113).

⁶² Folio 114.

En cuanto a los aportes en salud, la Sala advierte que en las incapacidades generadas en el año 2006, no se señala que la accionante estuviera en una relación laboral⁶³, a diferencia de lo que sucede en las incapacidades generadas en el año 2005, en las cuales se hace referencia expresa a la empresa ARDEMA S.A., como empleador de la señora Rodríguez.⁶⁴

Así las cosas, para la Sala Octava de Revisión no es claro que la señora Luz Dary Rodríguez haya trabajado en la empresa ARDEMA S.A., durante el año 2006, como ella lo afirma, en tanto de la información obrante en el expediente solo se encuentra probada la existencia de tal vínculo durante el año 2005. Razón por la cual no hay lugar a estudiar la mora por parte de la entidad accionada en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones

6.4. De conformidad con lo expuesto, y una vez descartado el posible estudio de la mora por parte del empleador en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, esta Corporación considera que el asunto analizado es un caso límite, como ha sido denominado por la jurisprudencia Constitucional,⁶⁵ donde la afiliada está muy cerca de cumplir con el requisito de densidad en las cotizaciones pero no alcanza a satisfacer el supuesto de la norma.

Estima la Sala que en los llamados casos límite, la aplicación mecánica de las normas vigentes sobre densidad de semanas cotizadas, desconoce que el juez como concreción del principio de interpretación conforme a la Constitución debe garantizar la efectividad de los principios y derechos plasmados en la Constitución. En virtud de lo anterior, en aquellos casos en que se cuestiona el derecho a la pensión de invalidez, al resolver el caso concreto, el juez deberá efectuar: (i) una evaluación formal, que implica un análisis de los requisitos establecidos por la norma para acceder a la pensión de invalidez; y acto seguido, realizar (ii) una valoración de principios constitucionales y derechos fundamentales, que permite analizar con cierto grado de flexibilidad aquellos casos extremos en los que faltan pocas semanas para cumplir el requisito de densidad de semanas.

6.5. El juez constitucional debe analizar si en atención a las circunstancias del caso concreto existe una afectación desproporcionada

⁶³ Folios 54 a 56, 60, 70 a 72.

⁶⁴ Folios 57, 58, 61 a 67.

⁶⁵ Ver Sentencias: T-915 de 2014 y T-235 de 2015, el Salvamento de voto a la Sentencia T-670 de 2013 y la Aclaración de voto a la Sentencia T-138 de 2014.

de los derechos fundamentales de la señora Rodríguez con la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

En el caso objeto de estudio la señora Rodríguez tiene una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, y 47,14 semanas cotizadas en los tres años anteriores a fecha de estructuración de la invalidez⁶⁶, es decir, le faltan 2,86 semanas para satisfacer el requisito de las 50 semanas cotizadas de acuerdo a lo previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Entonces, si se aplica de forma mecánica lo establecido en la norma antes citada, la conclusión sería negar el reconocimiento pensional de la accionante.

Sin embargo, si se considera la situación particular de la accionante, es palmaria la colisión de principios que torna necesario realizar un juicio de proporcionalidad en el que se estudie el enfrentamiento entre: (i) una disposición creada por el legislador, en la que se estableció el requisito de densidad pensional para acceder a la pensión de invalidez; por medio de la cual se protegen los principios de eficiencia económica del sistema, principio democrático que da un lugar preponderante a la libertad de configuración del legislador y el principio de igualdad formal y de otro lado, (ii) los principios a la protección especial a las personas en situación de discapacidad, la solidaridad, la equidad y los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.⁶⁷

Para resolver el enfrentamiento entre estos principios, la Sala realizará a continuación un juicio de ponderación analizando cada una de las etapas del mismo:

a. Finalidad de la medida y la idoneidad de los medios elegidos para alcanzarla.

La medida estudiada hace referencia al requisito de semanas exigido para tener derecho a la pensión de invalidez, establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Cuestión que, en el caso concreto se materializa en la negativa de Colpensiones para reconocer la pensión de invalidez a la señora Rodríguez, quien tiene una pérdida de la capacidad laboral de

⁶⁶ A folios 107, 109, 111 y 143, obra copia del informe expedido por el Instituto de Seguros Sociales en el cual se resumen las semanas cotizadas al Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones desde enero de 1967 hasta agosto de 2011, donde consta que Luz Dary Rodríguez Rodríguez cuenta con 44.86 semanas cotizadas desde enero del año 2005 hasta noviembre de 2005. A folio 28 obra copia de la certificación de aportes expedida por la Cruz Blanca E.P.S., en la cual consta que ARDEMA S.A., empleador de la accionante aportó al sistema 16 días en el mes de diciembre de 2005 que corresponden a 2,28 semanas. Para un total de 47,14 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

⁶⁷ Ver Sentencia T-915 de 2014, T-235 de 2015 y la Aclaración de voto a la Sentencia T-138 de 2014.

52.96%, pero cotizó al sistema 47,14 y no las 50 semanas exigidas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración.

En consonancia con lo expuesto, es claro que el fin de la norma es legítimo desde la perspectiva constitucional, pues implica la protección del primer bloque de principios en colisión, al garantizar el equilibrio financiero del sistema, la libertad del legislador en la configuración del derecho pensional y el principio de igualdad formal. De esta manera se trata de un precepto que vela por la protección de principios que persiguen un fin avalado por la Constitución.

Adicionalmente, los requisitos exigidos para acceder a la pensión de invalidez se constituyen en el medio idóneo para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema y la igualdad ante la Ley.

b. La necesidad de la limitación.

Ciertamente, la decisión legislativa de aumentar el número de semanas para acceder a la pensión de invalidez, representa una forma de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema al imponer un rango de acceso al reconocimiento de la prestación pensional de aquellos afiliados al sistema que no lograron efectuar las cotizaciones exigidas. Esta, resulta ser una medida de carácter económico, con la cual se busca que solo las personas que aportan un capital determinado puedan acceder al beneficio económico de la pensión de invalidez.

c. La proporcionalidad de la medida.

Sin embargo, la medida es desproporcionada, pues genera una interferencia intensa en los derechos de la accionante. A esta conclusión se llega al evidenciar que con la negativa de la pensión de invalidez, la señora Rodríguez queda sin una fuente de ingresos económicos que le permita garantizar su mínimo vital, pues solo tendría derecho a la indemnización sustitutiva, para satisfacer sus necesidades vitales y sin que pueda continuar trabajando.

Lo anterior se fundamenta en lo siguiente: (i) la accionante cotizó 47,14 semanas al sistema⁶⁸, cifra que se acerca a las 50 semanas de cotización

⁶⁸ Como se indicó previamente, de la copia del informe expedido por el Instituto de Seguros Sociales se evidencia que Luz Dary Rodríguez Rodríguez tiene 44.86 semanas cotizadas desde enero del año 2005 hasta noviembre de 2005 (folios 107, 109, 111 y 143). Y, en la certificación de aportes expedida el 3 de mayo de 2016 por la Cruz Blanca E.P.S., se da cuenta que la accionante tiene 2,28 semanas cotizadas al sistema en el mes de diciembre de 2005(folio 28). Para un total de 47,14 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

exigidas por la Ley 100 de 1993; (ii) su pérdida de capacidad laboral es del 52.96%; (iii) ha cotizado al sistema un total de 233 semanas; finalmente (iv) se desconoció la especial protección constitucional de la accionante por encontrarse en situación de discapacidad (art. 13 CP).

En este orden de ideas, al realizar un estudio de costo-beneficio, se advierte que el costo que genera privilegiar los principios de eficiencia económica del sistema, el mandato democrático y de igualdad formal, no se compadece con el alto grado de afectación de los principios a la protección a las personas en situación de discapacidad, la solidaridad, la equidad y los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la señora Rodríguez.

6.6. En el caso objeto de estudio el sacrificio para los derechos de la accionante es mayor que el beneficio que se alcanza al imponerle el cumplimiento de los requisitos contenidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Por esto, tal condición debe ser inaplicable para el caso concreto.

6.7. Con base en lo expuesto, la Sala de Revisión considera que se vulneran los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la protección especial de las personas en situación de discapacidad de la señora Luz Dary Rodríguez Rodríguez, al aplicar de forma mecánica el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, normatividad vigente al momento en que la accionante perdió más del cincuenta por ciento (50%) de su capacidad laboral, sin valorar las condiciones particulares de la accionante.

7. Síntesis de la decisión

7.1. En el presente caso, la Sala Octava de Revisión examinó la acción de tutela de una afiliada al sistema de seguridad social, a quien le fue negada su pensión de invalidez por parte de Colpensiones por no cumplir con el requisito de semanas cotizadas exigido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993; por lo cual reclama se le reconozca y pague la pensión de invalidez solicitada.

7.2. Para lograr un adecuado entendimiento de la controversia, se abordó, (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando se busca el reconocimiento y pago de un derecho pensional; (ii) la normatividad y jurisprudencia constitucional sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez; y (iii) se desarrolló un análisis del cumplimiento

del requisito legal de densidad de semanas de cotización para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

7.3. En atención a las circunstancias personales del accionante (estado de salud y su situación económica), la Sala estima que exigirle agotar el proceso ordinario con la demora existente en la definición de los conflictos relativos al reconocimiento de la pensión de invalidez, implica un menoscabo de sus derechos fundamentales, en tanto en este momento no está en condiciones de garantizarse autónomamente el cubrimiento de sus necesidades para garantizarse una vida en condiciones mínimas de dignidad, lo cual justifica la intervención del juez de tutela para la protección de estos intereses.

7.4. Posteriormente, se hizo referencia a la jurisprudencia constitucional relativa al reconocimiento de la pensión de invalidez en aquellos supuestos fácticos en los cuales el afiliado al sistema tiene una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% pero no cumple, por faltarle pocas semanas de cotización, con el requisito de 50 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Lo anterior, ha sido denominado en la jurisprudencia constitucional “casos límite” pues el afiliado está “muy cerca” de cumplir con el requisito de semanas pero no alcanza a satisfacerlo.

En tales escenarios, la Corte ha señalado que el juez no puede realizar una aplicación mecánica de la Ley para negar el reconocimiento a la pensión de invalidez, ya que deberá valorar los elementos particulares del caso, tales como: la situación económica del accionante, su estado de salud, si tiene personas a su cargo, entre otros. Lo anterior, en aplicación de los principios constitucionales de la solidaridad, la equidad y la especial protección de las personas en situación de discapacidad; y de los derechos fundamentales al mínimo vital y dignidad humana de las personas que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

7.5. Aplicando dicho análisis al caso concreto, la Sala de Revisión identificó, que si bien la accionante no cumple con el requisito de las 50 semanas cotizadas, la aplicación estricta de dicho artículo torna desproporcionada en relación con las condiciones particulares de la accionante, presentándose una colisión de principios, a saber: los principios de eficiencia económica del sistema, principio democrático que da un lugar preponderante a la libertad de configuración del legislador y el principio de igualdad formal; con los principios a la protección especial a las personas en situación de discapacidad, la solidaridad, la equidad y los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

Una vez realizado el juicio de ponderación, la Sala Octava de Revisión concluyó que si bien la medida cumple con los requisitos de finalidad, idoneidad y necesidad, la misma es desproporcionada al implicar una afectación mayor en comparación con el beneficio que representa, razón por la cual se aplicó una excepción de inconstitucionalidad en el caso concreto con respecto al requisito de las 50 semanas cotizadas antes de la fecha de estructuración de la invalidez.

7.6. Con base en lo anterior, se concluyó que a la actora le fueron vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital, y de ello se colige que hay lugar a ordenar el reconocimiento pensional.

8. Órdenes a proferir

8.1. Por las razones expuestas, la Sala Octava de Revisión revocará las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Primera, el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), mediante la cual negó el reconocimiento pensional por no cumplir con los requisitos legales, en primera instancia; y en segunda instancia, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, el dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017), la cual revocó la decisión anterior y declaró improcedente la acción de tutela. En su lugar, se tutelarán los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la protección especial de las personas en situación de discapacidad.

8.2. Como consecuencia de lo anterior, se dejará sin efectos la Resolución GNR 143380 de 16 de mayo de 2016, expedida por Colpensiones por medio de la cual fue negada la pensión de invalidez de la accionante y se ordenará a dicha entidad que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, expida un nuevo acto administrativo en el cual reconozca la pensión de invalidez de la ciudadana Luz Dary Rodríguez.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia de tutela de segunda instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, del dieciséis (16) de febrero de dos mil diecisiete (2017) que declaró improcedente la acción de tutela, como también el fallo de tutela proferido en primera instancia por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Bogotá, Sección Primera, el seis (6) de diciembre de dos mil dieciséis (2016), el cual negó el amparo constitucional solicitado. En su lugar **AMPARAR** los derechos a la seguridad social y al mínimo vital de la ciudadana Luz Dary Rodríguez Rodríguez.

Segundo.- En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTO** la Resolución GNR 143380 de fecha 16 de mayo de 2016, proferida por la Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones, mediante la cual negó la pensión de invalidez de la ciudadana Luz Dary Rodríguez Rodríguez.

Tercero.- ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca y pague la pensión de invalidez a que tiene derecho la ciudadana Luz Dary Rodríguez Rodríguez, de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto.- Por Secretaría General **LÍBRENSE** las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado
Con Salvamento de Voto

ROCÍO LOAIZA MILIÁN
Secretaria General (e)

**SALVAMENTO DE VOTO *DEL* MAGISTRADO
CARLOS BERNAL PULIDO**

Referencia: Sentencia T-503 de
2017

Expediente No. T-6.075.717

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

En atención a la decisión adoptada por la Sala Octava de Revisión el día 4 de agosto de 2017, en Sentencia T-503 de 2017, me permito presentar Salvamento de Voto.

Después de evaluar que efectivamente la accionante supera el requisito de subsidiariedad, al tratarse de una persona vulnerable, me aparto de la decisión de fondo por las siguientes consideraciones:

1. La sentencia llega a la conclusión de que la accionante cotizó 47,14 semanas al Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones, en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, con base en (i) el informe expedido por el Instituto de Seguros Sociales (ISS) donde consta que cuenta con 44,86 semanas cotizadas hasta noviembre de 2005 y (ii) una certificación de aportes expedida por Cruz Blanca EPS en la que consta que su empleador aportó al sistema 16 días en diciembre de 2005, que corresponden a 2,28 semanas. De estos documentos, únicamente el expedido por el ISS prueba la efectiva cotización a pensiones, pues la certificación de la EPS da cuenta de las cotizaciones al sistema de salud, mas no de los aportes al sistema pensional. De manera que esta última prueba apenas permitiría inferir que los aportes a pensiones se habrían realizado conjuntamente con los aportes a salud, sin que se pueda asegurar que, en efecto, ocurrió así, como lo hace la sentencia.

2. El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003, establece que tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado que (i) sea declarado invalido, esto es, que tenga una pérdida de la capacidad laboral superior o igual al 50 %, y (ii) acredite haber cotizado 50 semanas durante los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez (en caso de enfermedad) o al hecho causante de la misma (en caso de accidente).

Las únicas excepciones previstas por el legislador para el cumplimiento del requisito de las 50 semanas están relacionadas con (i) los menores de 26 años, quienes deben haber cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante o su declaratoria⁶⁹ y (ii) los afiliados que hayan cotizado al menos el 75 % de las semanas mínimas para acceder a la pensión de vejez, quienes solo requieren haber cotizado 25 semanas en los últimos tres años⁷⁰.

No obstante, como lo señala la sentencia, la jurisprudencia constitucional ha permitido que en ciertos “casos límite”, se inaplique el requisito de las 50 semanas, con el fin de proteger los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad que cotizaron un número de semanas cercano a este y que, por su particular situación de vulnerabilidad, no pueden procurarse un sustento que les garantice una vida en condiciones dignas.

Frente a lo anterior, vale la pena aclarar que la jurisprudencia no ha establecido un límite de semanas hasta el cual pueda flexibilizarse el cumplimiento de este requisito en casos excepcionales. En cambio, ha sostenido que a mayor número de semanas faltantes para cumplir con el mínimo legalmente requerido, mayor deberá ser la carga argumentativa desplegada por el accionante y, de manera consecuente, por el juez de tutela para reconocer el derecho a la pensión de invalidez al accionante.

⁶⁹ Con fundamento en el párrafo 1º del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y la sentencia C-020 de 2015, a las personas menores de 26 años solo les es exigible haber realizado cotizaciones por un total de 26 semanas en el año inmediatamente anterior al hecho causante de la invalidez o de su declaratoria. En efecto, en la sentencia en cita, se resolvió lo siguiente: “Declarar **EXEQUIBLE** el párrafo 1º del 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’, **EN EL ENTENDIDO** de que se aplique, en cuanto sea más favorable, a toda la población joven conforme a los fundamentos jurídicos 60 y 61 de la parte motiva de esta sentencia”. En el último fundamento jurídico que se señala, se indica lo siguiente: “61. Por lo cual, para remediar el déficit de protección, la Corte declarará exequible la norma acusada, con la condición de que se extienda lo allí previsto en materia de pensiones de invalidez hacia toda la población joven, definida esta última razonablemente conforme lo señalado en esta sentencia, y en la medida en que resulte más favorable al afiliado. En los casos concretos, sin embargo, mientras la jurisprudencia constitucional no evolucione a la luz del principio de progresividad, la regla especial prevista en el párrafo 1º del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 debe extenderse favorablemente, conforme lo ha señalado hasta el momento la jurisprudencia consistente de las distintas Salas de Revisión de la Corte Constitucional; es decir, se debe aplicar a la población que tenga hasta 26 años de edad, inclusive.”

⁷⁰ En la Sentencia C-727 de 2009, la Corte Constitucional declaró exequible esta excepción: “Teniendo en cuenta que el párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 establece una condición más beneficiosa que la planteada en los numerales 1 y 2, tal como quedaron después de la sentencia C-428 de 2009, en la medida que para quienes hayan alcanzado el nivel de cotización señalado en el párrafo, esto es, 75% del total de semanas que se requieren para adquirir la pensión de vejez, la exigencia de 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, baja a 25 semanas. No observa la Corte que tal requerimiento constituya un retroceso en el nivel de protección alcanzado. Por esa razón, declarará la exequibilidad del párrafo 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003”.

En la sentencia, para fundamentar el reconocimiento pensional, se relacionan cinco decisiones en las que la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez en “casos límite”: (i) la T-777 de 2009, en la que se le reconoció esta prestación a una joven de 23 años de edad, calificada con una pérdida de capacidad laboral del 76.45 %, que solo había cotizado 34 semanas; (ii) la T-138 de 2012, que amparó los derechos de una persona con VIH/sida, calificada con una pérdida de capacidad laboral del 61 %, que había cotizado 49 semanas; (iii) la T-670 de 2013, en la que se le negó la prestación a una persona calificada con una pérdida de capacidad laboral del 72.25 %, que cotizó 43,14 semanas; (iv) la T-915 de 2014, que le concedió la pensión de invalidez a una persona calificada con pérdida de capacidad laboral del 79.03 %, quien cotizó 49,72 semanas, y (v) la T-235 de 2015, en la que se acumularon y resolvieron casos diversos relacionados con el reconocimiento de la pensión de invalidez, entre ellos el de una persona con una pérdida de capacidad laboral del 67,47 %, que cotizó 48 semanas, y a quien la Corte le reconoció dicha prestación.

Como se evidencia, la Corte reconoció el derecho a la pensión de invalidez en cuatro de estos casos. En todos ellos, la pérdida de capacidad laboral de los solicitantes de la pensión de invalidez fue superior al 60 %, y el número de semanas cotizadas fue muy cercano a las 50, con excepción del primer caso, en el que la situación particular de la accionante se consideró especialmente relevante, ya que se trataba de una joven de 23 años que fue víctima de un accidente de tránsito cuando comenzaba su vida laboral, y que velaba por el sustento de su madre viuda y de sus hermanos menores.

En el caso objeto del presente salvamento de voto, se le reconoce el derecho a la pensión de invalidez a una mujer de 52 años de edad, que cuenta con una calificación de pérdida de la capacidad laboral del 52,96 % y un total de 44,86 semanas cotizadas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez (según se explicó en el punto 1).

Al analizar los dos requisitos legales que dan derecho a la pensión de invalidez, se observa que, en este caso, por una parte, el porcentaje de pérdida de capacidad laboral es cercano al mínimo establecido en la ley (en 2,96 puntos porcentuales) y distante del menor porcentaje por el cual se reconoció el derecho a la pensión de invalidez en los precedentes referidos (en 8,04 puntos porcentuales). Por otra parte, las semanas cotizadas distan en 5,14 semanas del mínimo requerido, mientras que en los precedentes traídos a colación los accionantes están a escazas dos

semanas, o incluso menos, de alcanzar el mínimo de cotización (con excepción del caso de la joven de 23 años).

De hecho, el caso que más se asemeja al que se resuelve en la sentencia es el de la T-670 del 2013, en la que la Corte negó el derecho a la pensión de invalidez porque el afiliado apenas cotizó 43,14 semanas, a pesar de que su porcentaje de pérdida de capacidad laboral era particularmente alto, del 72.25 %.

Como lo ha explicado esta Corte, no hay precedente vinculante cuando los casos que se comparan son sustancialmente distintos, es decir, cuando existen peculiaridades que distinguen a un caso del otro y, por ello, no es viable aplicar la misma solución. En estos eventos, ha dicho la jurisprudencia constitucional, el operador judicial puede hacer uso de esa distinción, para hacer una interpretación más rigurosa de la norma que se valora.

Así las cosas, en estricto rigor, el caso que se resuelve en la sentencia no es fácticamente asimilable a los precedentes con los cuales se hace referencia a la jurisprudencia constitucional sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez, en particular, a aquella que ha flexibilizado el cumplimiento del requisito legal de densidad de semanas de cotización, para ordenar el reconocimiento y pago de esa prestación económica.

3. Ahora bien, reconocer la pensión de invalidez en un caso donde solo se han cotizado 44,86 semanas, durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, a pesar de no ser asimilable a los “casos límite” en los que esta Corte ha concedido esa prestación sin que se haya cumplido con las 50 semanas exigidas, hace que la verificación del cumplimiento de ese requisito caiga en una especie de “pendiente resbaladiza”, pues, en casos futuros, nada obstaría para otorgar la prestación cuando se ha cotizado un número de semanas menor. Es decir, si se considera viable concederla con 44,86 semanas cotizadas, negarla cuando se han cotizado 44 podría parecer injusto, al igual que cuando se han cotizado 43 o 42, y así, sucesivamente, hasta que el requisito dispuesto por el Legislador se anula.

Como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, exigir una densidad de 50 semanas cotizadas busca garantizar el equilibrio financiero del sistema de pensiones, al evitar que una persona acceda a la pensión de invalidez sin haber aportado un capital racional y proporcional a la prestación económica que pretende recibir. Por lo tanto, permitir el acceso a esa prestación con un número inferior de semanas cotizadas y sin una justificación constitucional que lo respalde

abre la posibilidad de que ese requisito se flexibilice a tal punto que termine por desaparecer. Esta situación pone en riesgo el equilibrio financiero del sistema de pensiones que el Legislador, haciendo uso de su libertad de configuración, buscó proteger con el límite de las 50 semanas.

En la sentencia se afirma que aplicar “de forma mecánica” los requisitos para acceder a la pensión de invalidez establecidos por el Legislador, al caso analizado, resulta desproporcionado, porque la accionante se quedaría sin una fuente de ingresos que le garantice su mínimo vital. Sin embargo, no está probado que, en efecto, la accionante se enfrentaría a un escenario de tal magnitud. Además, se dice que la negativa de la pensión desconoce la especial protección constitucional de la accionante por encontrarse en situación de discapacidad. Aceptar este último argumento implicaría que en todos los casos en los que se reclama una pensión de invalidez, los solicitantes se enfrentan a una medida desproporcionada, pues todos, sin excepción, serían considerados sujetos de especial protección, en atención a que cuentan con una calificación de pérdida de capacidad laboral superior al 50 %, que evidencia una situación de discapacidad. En esa medida, el equilibrio financiero del sistema de pensiones también correría un grave peligro.

Así las cosas, el alto grado de afectación a los principios de protección a las personas en situación de discapacidad, solidaridad, equidad y a los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de la accionante que la sentencia pretende poner en evidencia carece de sustento.

Por las razones expuestas, considero que en este caso no es procedente el amparo solicitado por la accionante.

Atentamente,

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado