**PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN POR HIJO EN SITUACIÓN DE INVALIDEZ - Análisis del requisito de inmediatez en el caso concreto.**

La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la parte demandante tiene la carga de interponer la acción de tutela en un tiempo razonable, contado desde el “último hecho presuntamente vulnerador”, que en estos casos como el que ahora nos ocupa no es otro que el acto administrativo mediante el cual la entidad de seguridad social niega la pensión solicitada, sin perjuicio, de comprenderse en cada caso, a partir de las condiciones fácticas y jurídicas que rodean la demanda. Aplicada dicha regla al presente asunto, se observa que: (i) COLPENSIONES, por Resolución DPE 13135 del 12 de octubre de 2022, resolvió el recurso de apelación confirmando en todas sus partes la Resolución No. SUB 27412 del 2 de febrero de 2022, que le negó a la señora PS la pensión especial de vejez por hijo inválido, por no acreditar el lleno de requisitos establecidos en la Ley para acceder a dicha prestación. (ii) La actora interpuso esta acción de tutela el 23 de enero del año en curso, es decir, 3 meses y 10 días después, por lo que acuerdo con los derroteros sentados por la jurisprudencia constitucional, este término se considera prudente y razonable para el ejercicio de esta acción. En este orden de ideas, no es recibo el argumento adicional expuesto por el A quo para estimar que la actora no había cumplido con el principio de inmediatez, pues en su concepto el término debía contarse a partir del 1° de febrero de 2021, fecha en la que la accionante dejó de trabajar para cuidar a su hijo, y, por tanto, fue desde ahí que pudo consolidarse su derecho.

**PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN POR HIJO EN SITUACÓN DE INVALIDEZ - Análisis del principio de subsidiariedad en el caso concreto.**

La alta corporación referida ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela, con el propósito de reclamar la pensión especial de vejez por hijo en situación de invalidez, cuando se advierten elementos subjetivos que justifican la intervención inmediata del juez de tutela. En la sentencia T-077 de 2020 sobre el particular se señaló: (…) En el caso concreto que convoca la atención de la Sala, el joven CLLS, de 22 años de edad, hijo de la actora y quien es la beneficiaria de la pensión anticipada, es un sujeto de especial protección constitucional a causa de la pérdida del 82.68%de su capacidad laboral. Por lo tanto, la demora en el reconocimiento de la pensión que la actora solicita indiscutiblemente afecta las condiciones mínimas de cuidado y atención que como persona discapacitada necesita, y que solo la actora como su progenitora que es, le puede prodigar.En efecto, el dictamen pericial aportado al expediente Nº DML 4043619 del 28 de octubre de 2020 demuestra que tiene una enfermedad denominada *“Distrofia Muscular de Duchenne y Becker*” la cual fue estructurada el 4 de octubre del 2000, emitido por COLPENSIONES. Es de resaltar en el mencionado dictamen le fueron realizadas las siguientes valoraciones médicas: (…) Como se puede observar, el dictamen pericial reseñado da cuenta de la patología que padece el joven CLLS y por la cual le fue determinada una pérdida de su capacidad laboral del 82.68%. Y es por eso que los diversos especialistas médicos que lo examinaron conceptuaron, por ejemplo, que posee dependencia severa en movilidad; depende completamente de terceros en actividades de cuidado personal y vida doméstica, con dependencia funcional total de cuidados; que se moviliza en silla de ruedas y requiere máxima asistencia en la mayoría de las actividades relacionadas con la locomoción. También se puede verificar del mismo dictamen que quien vela por su cuidado es su señora madre, la aquí demandante PS. De otro lado, en la declaración extra-proceso rendida por la señora PS ante la Notaría Prima del Círculo de Sogamoso, que no fue cuestionada por la entidad accionada, ella señaló que es madre cabeza de familia de CLLS, tiene a su cargo los gastos de su hijo y debido a su enfermedad depende económicamente y socialmente de ella. Igualmente señaló que su otro hijo ALS falleció a la edad de 24 años de la misma enfermedad de su otro hijo, y a quien no pudo dedicarse a sus cuidados cuando más la necesitó, a causa de su trabajo y que no hubo otros recursos para poder sufragar los gastos del hogar. Refirió igualmente, que los ingresos recibidos por su trabajo no eran suficientes para el pago de un cuidador para su hijo CLLS, ya que, por su condición de discapacidad, dependía totalmente de otra persona, además de otros gastos adicionales que se requerían y no eran cubiertos por el POS. Finalmente afirmó también bajo la gravedad del juramento que requiere del tiempo, la disposición física y disponibilidad económica que brinda la pensión anticipada de vejez por madre de hijo con discapacidad, para dedicarse de tiempo completo al cuidado y protección de su mencionado hijo, dado que la enfermedad que padece es huérfana y de alto costo y requiere de sus cuidados permanentemente, comprometiéndose en renunciar a su trabajo. De la misma manera se observa la declaración extra proceso rendida por el señor ALS ante la misma notaría, que tampoco fue controvertida por la entidad accionada, en la que manifestó bajo la gravedad del juramento que no cuenta con un trabajo estable, que son ocasionales e informales, con los cuales los ingresos que percibe no son suficientes para sufragar los gastos de su hogar y los de mi hijo CLLS, el cual se encuentra en condición de discapacidad física severa debido a su enfermedad llamada distrofia muscular de Duchenne. En razón de lo anterior afirmó también depender económicamente de su esposa PS. Aunado no existe prueba en el expediente que persona diferente a su señora madre u otra persona colabore económicamente en el hogar para inferir que el núcleo familiar cuenta con otra fuente de ingresos que, al tiempo que les permite adelantar un proceso ordinario, les asegura la satisfacción de las necesidades básicas y el cuidado permanente de su hijo incapacitado para valerse por sí mismo. Es de resaltar que todo lo anterior fue corroborado en el Informe Técnico de Investigación- Dependencia Económica - realizado por la empresa COSINTE LTDA., en el cual como conclusión general se dejó consignado: (…). En este orden de ideas, esta Sala considera que, la presente acción de tutela sí cumple con el requisito de subsidiariedad, puesto que las circunstancias en que se encuentra la demandante, su hijo discapacitado y su núcleo familiar, que han sido plenamente demostradas, justifican la intervención inmediata del juez constitucional, dada la idoneidad del medio judicial ordinario en este caso particular, para la protección de los derechos fundamentales invocados. Por consiguiente, una vez superadas la inmediatez y subsidiaridad de la presente acción de tutela, emprenderá la Sala la resolución del segundo problema jurídico en aras a determinar si es viable a través de este mecanismo constitucional ordenar el reconocimiento de la prestación social deprecada por la actora.

**PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO EN CONDICIÓN DE INVALIDEZ PREVISTA EN EL INCISO 2° DEL PARÁGRAFO 4° DEL ARTÍCULO 33 DE LA LEY 100 DE 1993 – Naturaleza y requisitos.**

En la sentencia T- 314 de 2022 de la Corte Constitucional, en lo pertinente para la decisión que aquí se debe adoptar de acuerdo con las circunstancias particulares de caso, señaló: 70. La pensión especial de vejez de padre o madre trabajadora con hijo en situación de discapacidad. La pensión por hijo en situación de discapacidad es un tipo “especial” de pensión de vejez que la ley concede a los padres o madres que tienen hijos en situación de discapacidad “física o mental, que no les permite valerse por sí mismos, y que dependen económicamente de ell[os]”. En virtud de esta prestación, la ley asegura a la madre o padre “unos ingresos económicos que le posibilitan dejar su trabajo” y dedicar “más tiempo a su hijo en situación de discapacidad contribuyendo con ello a su mejor desarrollo y rehabilitación”. En tales términos, la Corte Constitucional ha resaltado que esta pensión es una “acción afirmativa” en favor de los niños y las personas en situación de discapacidad, que tiene como finalidad materializar los mandatos de especial protección constitucional de estas poblaciones, previstos en los artículos 44 y 47 de la Constitución Política. 71. Requisitos de la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad. Conforme al inciso 2º del parágrafo 4º del 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han señalado de forma reiterada que existen tres requisitos para tener derecho al reconocimiento y pago de esta prestación. Así mismo, han indicado que existen2 condiciones para permanecer en dicho régimen pensional especial de vejez, los cuales se explican en el siguiente cuadro:

|  |  |
| --- | --- |
| **Requisitos de la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad** | |
| 1. Madre o padre trabajadora | **La madre o el padre deben haber cotizado al SGP, cuando menos, el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión ordinaria de vejez.** |
| 1. Situación de discapacidad calificada | El hijo debe encontrarse en una situación de discapacidad. La ley exige que el hijo tenga una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% debidamente calificada. |
| 1. Relación de dependencia | El hijo en situación de discapacidad debe depender de su madre o de su padre trabajador, según fuere el caso. Este requisito exige demostrar (i) la dependencia económica, lo que implica que el aporte monetario del madre o padre solicitante es requerido para garantizar el mínimo vital del hijo y (ii) un “requerimiento razonable de cuidado personal”, lo que supone demostrar que existe una “necesidad afectiva o psicológica de contar con la presencia, cariño y acompañamiento de quien pretende la prestación”. |
| 1. Requisitos de permanencia en el régimen | La ley dispuso dos condiciones de permanencia dentro de este régimen especial de pensión de vejez: (a) que el hijo permanezca en esa doble condición: afectado por la situación de discapacidad y dependiente de la madre o el padre y (b) que la madre o el padre no se reincorpore a la fuerza laboral. |

(…) De acuerdo con los antecedentes plasmados en esta providencia, la Sala encuentra que la negativa de COLPENSIONES a reconocer a la accionante PS la pensión de vejez por hijo en situación de discapacidad se fundamentó únicamente en el incumplimiento del primer requisito esto es la cotización del mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión ordinaria de vejez que para este momento es de 1.300. Lo anterior releva a este estrado judicial de hacer cualquier pronunciamiento adicional respecto de los demás requisitos legales exigidos para el reconocimiento de la prestación social deprecada, como quiera que la entidad accionada los encontró satisfechos. En consecuencia, el análisis que emprende la Sala de aquí en adelante se limitará al requisito echado de menos.

**PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO EN CONDICIÓN DE INVALIDEZ PREVISTA EN EL INCISO 2° DEL PARÁGRAFO 4° DEL ARTÍCULO 33 DE LA LEY 100 DE 1993 - Análisis del número mínimo de semanas de cotización legalmente requeridas en el caso concreto.**

Específicamente sobre el requisito relacionado con el número mínimo de semanas de cotización en este último acto administrativo mencionado, luego de relacionar los servicios prestados por la interesada, se consideró lo siguiente: “Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 9,149 días laborados, correspondientes a 1,307 semanas. Que nació el 22 de marzo de 1972 y actualmente cuenta con 49 años de edad. Es pertinente indicar que los periodos de abril y/o mayo de 2020 no serán tenidos en cuenta en el presente acto administrativo, toda vez que los mismos fueron cotizados sobre el 3% en vigencia del decreto 558 de 2020 el cual fue declarado inconstitucional. En virtud de lo anterior, el empleador se encuentra obligado a realizar el pago del porcentaje restante, de conformidad con el Decreto 376 de 2021, el cual estableció: “Artículo 2.2.3.5.2. Pago faltante del aporte al Sistema General de Pensiones para los períodos de abril y mayo de 2020. Los empleadores del sector público y privado, y los trabajadores dependientes e independientes que hayan hecho uso del mecanismo contemplado en el Capitulo I del Decreto Legislativo 558 de 2020, y por ello sólo hayan aportado el 3% de la cotización al Sistema General de Pensiones correspondiente a la comisión de administración y a la cobertura de aseguramiento de invalidez y sobrevivencia, contarán con 36 meses contados a partir del 1 de junio de 2021 para efectuar el aporte de la cotización faltante, sin que haya lugar a la causación de intereses de mora dentro de dicho plazo, tal como lo establece la sentencia C-258 de 2020, proferida por la Corte Constitucional.” Que esta Entidad pone de presente a la señora SP, que el Gobierno Nacional a través del Decreto 376 de 9 de abril de 2021 implementó las medidas para realizar el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones para los periodos de abril y mayo de 2021 de conformidad con la sentencia C-258 de 2020 proferida por la H. Corte Constitucional, a fin de que pueda proceder con el pago de la diferencia del aporte de los meses de abril y mayo de 2020. Que obra dentro del expediente pensional Dictamen de Pérdida de Capacidad a nombre de el joven CLLS identificada con la Cedula número 1007442163, en calidad de hija de la afiliada SP, identificada con C.C. No. 46.368.146, con concepto emitido por COLPENSIONES en el cual se califica una pérdida del 82.68% de su capacidad laboral estructurada el 04 de octubre de 2000, mediante dictamen No: DML 4043619 del 28 de octubre del año 2020. (…) Que, conforme a lo anterior, se le debe indicar a la solicitante, que no cumple con el requisito de semanas cotizadas establecido en la norma, ya que es necesario que acredite 1,300 semanas cotizadas y si bien en su historia laboral cuenta con un total de 1.307 semanas, no se tienen en cuenta las semanas cotizadas por tiempo covid19, por lo que a la fecha cuenta con 1.299 semanas de cotización”. Para esta Sala de Decisión, queda claro entonces, de lo establecido hasta este momento, que la negativa de COLPENSIONES en el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo incapacitado solicitada por la actora obedeció única y exclusivamente a que le faltó 1 semana, por lo que no cumplió con el requisito del mínimo de semanas cotizadas exigido en el Régimen de Prima Media para acceder a la pensión de vejez, es decir, 1300.

**PAGO FALTANTE DEL APORTE AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES PARA LOS PERIODOS DE ABRIL Y MAYO DE 2020 - Consecuencias de la declaratoria de inexequibilidad del Decreto Legislativo 558 de 2020.**

Como es bien conocido, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-258 de 2020, declaró inexequible el Decreto Legislativo 558 de 2020 “Por el cual se implementan medidas para disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones, proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado y se dictan otras disposiciones en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”, con efectos a partir de su expedición. Como consecuencia de tal declaratoria ordenó, en lo que interesa a esta acción, al Gobierno nacional que, en ejercicio de sus competencias, adoptara e implementara un mecanismo que, en un plazo razonable, permitiera a empleadores, empleados e independientes, aportar los montos faltantes de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones correspondientes a los períodos de abril y mayo del año 2000, cuyos pagos se hicieron parcialmente en virtud de lo dispuesto por el Decreto 558 de 2020. En cumplimiento de esa orden el Gobierno Nacional expidió el Decreto 376 de 2021 del 09 de abril de 2021, “Por el cual se adiciona el Capítulo [5](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=71472#L.2.P.2.T.3.C.5) al Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1833 de 2016, a efectos de implementar medidas para realizar el pago de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones por los periodos correspondientes a abril y mayo de 2020, de los que fueron exonerados los empleadores y trabajadores independientes a través del Decreto Legislativo [558](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=92263) de 2020 y en cumplimiento de lo ordenado en la Sentencia [C-258](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=109428) de 2020 de la Honorable Corte Constitucional.”*.* El primer decreto mencionadoprevió en lo pertinente para resolver lo que aquí corresponde lo siguiente: (…) Como se puede concluir de la norma transcrita, especialmente de los apartes resaltados y subrayados, para que puedan ser tenidas en cuenta las cotizaciones correspondientes a los meses de abril y mayo de 2000 en los que por virtud del Decreto Legislativo 558 de 2020, tanto empleadores como trabajadores que se acogieron al mismo solo pagaron el 3% de la cotización al Sistema General de Pensiones, aquellos deben ahora pagar el faltante de esos aportes, so pena de que no puedan tenerse en cuenta esas 8 semanas en el trámite de las pensiones de vejez como aquí ocurre, así como tampoco se pueda corregir la historia laboral hasta tanto eso no suceda. Si se revisa nuevamente la Resolución 13135 del 12 de octubre 2022 efectivamente así se motivó la negativa de la pensión especial de vejez reclamada: “Es pertinente indicar que los periodos de abril y/o mayo de 2020 no serán tenidos en cuenta en el presente acto administrativo, toda vez que los mismos fueron cotizados sobre el 3% en vigencia del decreto 558 de 2020 el cual fue declarado inconstitucional. En virtud de lo anterior, el empleador se encuentra obligado a realizar el pago del porcentaje restante, de conformidad con el Decreto 376 de 2021, el cual estableció: (…).

**ACCIONES DE COBRO ANTE EL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR CON EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES - No es posible trasladar al trabajador las consecuencias negativas del incumplimiento de la obligación legal de las cotizaciones del empleador. Reiteración de jurisprudencial de las altas cortes.**

Ahora bien, sobre este aspecto, la parte actora en su impugnación esgrime en su favor que el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 señala que corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes, adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador. Que COLPENSIONES en ningún momento adelantó ninguna acción por el no pago oportuno de los aportes del empleador para cumplir con el pago del 75% del aporte por COVID. Que la Corte Constitucional ha manifestado en su jurisprudencia que en el evento en que el empleador incurra en mora en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, las consecuencias negativas que se derivan de tal omisión no deben ser asumidas por el trabajador afiliado, quien no tuvo injerencia alguna en la falta de pago de sus cotizaciones, ni en la inactividad de la entidad administradora de pensiones para el cobro de tales aportes. Que, en consecuencia, no es posible dejar de contar como requisito para acceder a una pensión de vejez las cotizaciones que el empleador no efectuó. Que tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia han sostenido que las consecuencias de la mora derivada del empleador no pueden trasladarse a los afiliados al Sistema General de Pensiones y que la validez de las semanas cotizadas no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tenientes a gestionar su cobro. Esta Sala prohíja los argumentos de la impugnante, pues el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 establece claramente que corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Y que, para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado prestará mérito ejecutivo. Y ciertamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional antaño ha sido reiterativa en el sentido de que no es posible trasladar al trabajador las consecuencias negativas del incumplimiento de la obligación legal de las cotizaciones del empleador. Suficiente resulta para confirmar el aserto anterior citar la reciente sentencia SU-388 del 3 de noviembre de 2022, vale anotar, proferida con posterioridad al Decreto 376 de 2021, la cual en su parte pertinente resalta: (…).

**DERECHO FUNDAMENTAL A LA SEGURIDAD SOCIAL – Vulneración por parte de COLPENSIONES ante la negativa de reconocer pensión especial de invalidez por hijo discapacitado por faltar una semana de cotización, con fundamento en lo previsto en el artículo 2.2.3.5. Decreto 376 de 2021.**

En esa medida, a juicio de esta Sala de Decisión, la negativa de COLPENSIONES en el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado prevista en inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por faltarle una (1) semana para completar el mínimo requerido (1.300), con fundamento en que no podía tener en cuenta las semanas de cotización correspondientes a los meses de abril y mayo de 2020, por no haber sido pagado el aporte faltante de las mismas, se constituye en un hecho vulnerador del derecho fundamental a la seguridad social de la señora PS, más aún, cuando a decir verdad, en este caso podría considerarse que todavía no existe la mora señalada, toda vez que el mismo Decreto 376 de 2021 concedió un plazo de 36 meses para hacer el pago del aporte de cotización faltante, contados desde el 1° de junio de 2021, los cuales incluso a esta fecha todavía no se han vencido. Si bien es cierto, la negativa de COLPENSIONES se fundamentó en el Decreto 376 de 2021, en especial, en lo señalado en el inciso tercero de su artículo 2.2.3.5.7*.* titulado *“Garantía de pensión”*  yacitado y transcrito *ut supra*, también lo es que en criterio de esta Sala de Decisión esta norma resulta contraria a la Carta Política, en lo que toca a la seguridad social como un derecho de estirpe fundamental y además desconoce la jurisprudencia reiterada de las altas cortes, en cuanto a que la mora en el pago de los aportes pensionales no puede servir de obstáculo para el reconocimiento de las prestaciones sociales a que tienen derecho las personas, como quiera que la entidad de seguridad social cuenta con los mecanismos administrativos y judiciales para logra su cobro.

**EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Finalidad, contenido y alcance.**

En consecuencia, con fundamento en lo establecido en el artículo 4° de la Constitución Política, el ordenamiento jurídico colombiano consagra la posibilidad de que una autoridad pública o los particulares dejen de aplicar una norma en un caso concreto, cuando adviertan que sus efectos resultan inconstitucionales. Esta opción ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional y constituye un verdadero control de constitucionalidad por vía de excepción. La Corte Constitucional, en la sentencia T-508 de 2015, entre otras muchas, ha señalado que la excepción de inconstitucionalidad procede cuando se cumplen dos condiciones. La primera es que exista una contradicción entre la norma y la Constitución Política que genera efectos inconstitucionales en un caso particular; y la segunda que el precepto no haya sido objeto de un control abstracto de constitucionalidad por parte de ese Tribunal, por los efectos erga omnes del mismo, tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional en reiteradas oportunidades: (…). “[c]uando no ha mediado una decisión de control abstracto por parte de la Corte respecto de una norma en particular, la excepción de inconstitucionalidad surge como el mecanismo judicial viable para inaplicar ese precepto a un caso particular, en virtud, justamente, de la especificidad de las condiciones de ese preciso asunto. Por el contrario, de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado.”.Es de resaltar que esa misma alta corporación ha utilizado la figura de la excepción de inconstitucionalidad en materia pensional en diferentes oportunidades. Entre ellas, en las sentencias T-550 de 2008 y T-551 de 2010, citadas como ejemplos en la referida sentencia T-508 de 2015.

**EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD - Inaplicación por inconstitucional en el caso concreto del inciso 3° del artículo 2.2.3.5.7. -Garantía de pensión – para reconocer una pensión especial de vejez por hijo en situación de invalidez que fue negada por faltar una semana de cotización.**

En ese orden de ideas, esta Sala, en aras a proteger el derecho fundamental a la seguridad social de la señora PS que, como se sostuvo fue vulnerado por COLPENSIONES al negarle el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo incapacitado, con fundamento en el artículo 4° de la Carta Política inaplicará por inconstitucional únicamente en el caso concreto el inciso tercero del artículo 2.2.3.5.7.- Garantía de pensión – del que prescribe: "Para el caso de las solicitudes de prestaciones económicas relacionadas con el riesgo de vejez que se hayan presentado ante las administradoras de pensiones en cumplimento de lo establecido en el Capítulo [I](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=92263#C.1) del Decreto Legislativo 558 de 2020 que no hayan sido resueltas, no se podrán contabilizar las ocho (8) semanas de cotización de los periodos correspondientes a abril y mayo de 2020, hasta tanto se efectúe el pago faltante del aporte”*.* Lo anterior bajo el entendido que se cumplen las dos condiciones establecidas por la Corte Constitucional para hacerlo, como quiera que, en primer lugar, produce efectos en el caso concreto contraviniendo el derecho fundamental a la seguridad social de la actora, establecido en la Carta Política; y segundo, consultada la norma en la página web de aquella alta corporación, no se evidencia que haya sido objeto de un control abstracto de constitucionalidad con efectos erga omnes. En virtud de lo anterior, se revocará el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia impugnada. En su lugar, se concederá la tutela del derecho fundamental a la seguridad social y pago integral de una mesada pensionalde la señora PS. Como consecuencia de tal protección, se dejarán sin efectos las resoluciones administrativas que denegaron el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez a la tutelante, y se ordenará al representante legal de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES – o a quien haga sus veces, el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez prevista en el inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a la señora PS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 46.368.146 de Sogamoso, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia. Para el cobro de la parte faltante de la cotización de los meses de abril y mayo del año 2020 correspondiente a la empleadora de la señora PS para esos periodos, COLPENSIONES podrá hacer uso de las acciones de cobro como la faculta el artículo 24 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, y aunque la Resolución 13135 del 12 de octubre de 2022 solamente se refiere en forma explícita al pago faltante por parte del empleador, el porcentaje faltante de la cotización de esos meses a cargo de la actora, si fuera del caso, de no haber sido pagado, podrá ser descontado del retroactivo producto del reconocimiento pensional aquí ordenado o de las respectivas mesadas pensionales.

**NOTA DE RELATORÍA:** La providencia que se presenta al público ha sido modificada para incluir sus anteriores descriptores y restrictores, mas no para variar su contenido. Igualmente, para anonimizar también el nombre de la accionante y de sus familiares teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 5° de la Ley 1581 de 2012.

Tunja, catorce (14) de marzo de dos mil veintidós (2022)

|  |  |
| --- | --- |
| **ACCIONANTE:** | PS |
| **ACCIONADA:** | ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES - |
| **VINCULADA:** | CLÍNICA DE ESPECIALISTAS |
| **RADICACIÓN:** | 15759-33-33-002-**2023-00020**-01 |
| **ACCIÓN** | TUTELA |
| **TEMA:** | PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO DISCAPACITADO |
| **ASUNTO:** | **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA –REVOCA Y ACCEDE.** |

Decide la Sala la impugnación interpuesta por la accionante contra el fallo de tutela proferido el 6 de febrero de 2023 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso, mediante el cual se negó la protección de los derechos invocados.

De manera previa, se precisa que por tratarse de un asunto en que se analiza aspectos del estado de salud y manejo de la historia clínica[[1]](#footnote-1), en procura de la protección de los hijos de la accionante, en esta providencia se tomarán medidas orientadas a anonimizar[[2]](#footnote-2) e impedir su identificación, respetando su derecho a la intimidad y dignidad.

1. **ANTECEDENTES**

**LA DEMANDA[[3]](#footnote-3)**

**Solicitud**

1. La señora PS presentó acción de tutela contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, a fin de que se le ordene se protejan sus derechos de petición, vida digna, igualdad, debido proceso, salud, seguridad social, pago integral de una mesada pensional, a la familia, consagrados en su criterio en los artículos 11, 13, 23, 29, 48 y 53 de la Constitución Política.

1. Como consecuencia de tal protección solicitó se ordene a la entidad accionada le reconozca, liquide y pague la pensión especial de vejez por hijo inválido a partir del 2 de febrero de 2021, junto con las mesadas adicionales de cada año y los intereses moratorios a que haya lugar.

**Hechos**

1. Como fundamentos fácticos de su solicitud la señora PS señaló como hechos más relevantes los que la Sala sintetiza a continuación.
2. Dijo que nació el 22 de marzo de 1972, es decir que actualmente tenía 50 años de edad.

1. Sostuvo que por el tiempo que laboró cotizó 1.307 semanas según reporte o historia laboral emitida por la entidad accionada.

1. Mencionó que su hijo CLLS de 22 años padece una condición de pérdida de capacidad laboral superior al 82.86% bajo dictamen Nº DML 4043619 del 28 de octubre de 2020 por tener una enfermedad denominada Distrofia Muscular de Duchenne y Becker la cual fue estructurada el 4 de octubre del 2000, emitido por la misma COLPENSIONES.
2. Refirió que dicha enfermedad es de carácter degenerativo, progresivo y crónico, con dependencia severa para las actividades básicas de la vida diaria, con discapacidad motora, cuya esperanza de vida es limitada por las afectaciones que esta enfermedad produce.

1. Manifestó que procreó dos hijos, EALS Y CLLS, los cuales nacieron con esta enfermedad. El primero falleció el 14 de febrero de 2015 a la edad de 24 años cumplidos.
2. Sostuvo que por la enfermedad y discapacidad que padece su hijo CLLS, además de la necesidad de contar con recursos económicos para su guarda y cuidado también requieren de tiempo de calidad para disfrutar de los años que le quedan de vida.

1. Con el ánimo de lograr el reconocimiento de la pensión anticipada de vejez por hijo inválido, estipulada en el inciso 2° del parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993, presentó los documentos idóneos ante COLPENSIONES el 28 de octubre de 2021, ya que contaba con 1.306 semanas reportadas en historia laboral, pérdida de capacidad laboral superior al 82.86% y las declaraciones extraprocesales. Esta fue negada mediante la Resolución Nº SUB-27412 del 02 de febrero de 2022, por no reunir las calidades de madre/padre cabeza de familia.

1. Ante su negación presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución antes mencionada, y mediante las Resoluciones Nº SUB 218589 del 16 de agosto del 2022, y DPE 13135 del 12 de octubre de 2022, se aceptaron la calidad de madre/padre de familia, pero ahora negó la prestación económica por no acreditar el requisito de las 1.300 semanas, porque aunque se reportan 1.307 semanas la entidad solo tuvo como ciertas 1.299 semanas, omitiendo las semanas correspondientes al mes de abril y mayo del 2020 canceladas en vigencia del Decreto 558 de 2020.

1. Consideró que Colpensiones está realizando una vía de hecho dado que se está exigiendo un requisito de pago el cual no es necesario, máxime cuando se demuestra tanto en la resolución DPE 13135 del 12 de octubre del 2022 como en la información reportada por la entidad a través de historia laboral que  *“las semanas de los periodos de abril y mayo del 2020 con observación “Pago Decreto 558/2020 COVID 19” serán consideradas en el reconocimiento pensional para: Cumplir requisito de las 1.300 semanas, cuando se trate de una pensión de vejez con 1 SMLMV y para el otorgamiento de las pensiones de invalidez y muerte”*

1. Indicó la responsabilidad del pago de estos meses requeridos por COLPENSIONES es de la empresa Clínica de Especialistas con quien tenía relación laboral activa y la cual es la que realiza los aportes a seguridad social de acuerdo a su competencia
2. Dijo no tener injerencia en el pago los aportes requeridos por Colpensiones, por cuanto como bien lo reitera esa entidad en la resolución DPE 13135 del 12 de octubre de 2022, el “*empleador se encuentra obligado a realizar el pago del porcentaje restante, en conformidad con el decreto 376 de 2021”*.
3. Que tal como se presentó en los documentos que se radicaron en Colpensiones, a fecha febrero del 2021, se cumplieron con las formalidades del estudio de los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por hijo inválido bajo la gravedad de juramento que es de vital urgencia que pueda cuidar de su hijo en su enfermedad por cuanto el diagnóstico médico no brinda una posible mejora, es difícil su manejo y traslado, contando, además, que la enfermedad disminuye su esperanza de vida
4. Así las cosas, a partir de esa fecha febrero del 2021, laboró con la clínica de especialistas como auxiliar de enfermería, y en la actualidad no tiene un ingreso fijo que le permita sostener todas sus obligaciones y por ende las correspondientes por su hijo.

1. Acotó que dentro de las obligaciones físicas y económicas por las cuales debe responder se encuentran las de su hijo CLLS y por su hogar, siendo prioritarios los gastos que se generan por la enfermedad de su hijo en mejorar su calidad de vida, y que a fecha de hoy se han visto disminuidas por no contar con un ingreso mensual oportuno y vital como la pensión podría brindar.

1. Esgrimió que no tiene como soportar la carga económica de no poder trabajar por estar al cuidado de su hijo, ya que se retiró de su trabajo desde el 1° de febrero del 2021 con la finalidad de poder compartir con su hijo CLLS, tener su cuidado y protección y aprovechar sus días de vida, siendo su propia madre la que brinde los cuidados especiales que mi hijo necesita.

1. Finalmente anotó que desde el tiempo que ha estado en su casa, su hijo se encuentra con mayor cuidado y protección presentando estabilidad en su estado físico ya que esta enfermedad requiere de cuidados especiales adicionales para mejorar sus condiciones físicas.

**TRÁMITE**

1. Mediante auto del 24 de enero de 2023[[4]](#footnote-4), el despacho de primera instancia admitió la acción de tutela de la referencia, dispuso notificar a COLPENSIONES y vinculó a la Clínica de Especialistas a efectos de que en el término de 2 días dieran respuesta a los hechos de la acción y adjuntaran los documentos que se relacionaron con el escrito de contestación de la demanda. El 6 de febrero de profirió el fallo de primera instancia[[5]](#footnote-5). El 6 de febrero se notificó el fallo.[[6]](#footnote-6). El 13 de febrero la parte actora lo impugnó[[7]](#footnote-7). Por auto del 15 de febrero el juzgado concedió la impugnación.[[8]](#footnote-8). Finalmente, el 15 de febrero fue remitido a la oficina de reparto y correspondió a este despacho.[[9]](#footnote-9)

**INFORME DE COLPENSIONES[[10]](#footnote-10)**

1. A través de su Directora (A) de la Dirección de Acciones Constitucionales contestó la acción de tutela manifestando, en síntesis, que la señora PS , solicita el 28 de octubre de 2021 el reconocimiento y pago de una pensión de especial vejez por hijo inválido, radicada bajo el No 2021\_12805761.
2. Señalo que mediante Resolución No. SUB 27412 del 2 de febrero de 2022, se le negó por no acreditar el lleno de requisitos establecidos en la Ley para acceder a dicha prestación. Que la anterior Resolución se notificó el día 2 de febrero de 2022, y la señora PS en escrito presentado el 16 de febrero de 2022, radicado bajo el número 2022\_2063540, interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, manifestando su inconformidad básicamente en los siguientes términos: *“****PRIMERO:*** *Que reponga la decisión de la resolución SUB 27412 del 02 de febrero de 2022, en el sentido que reconozca y pague la prestación económica de pensión vejez por hijo inválido a la cual tengo derecho por constar mi calidad de madre trabajadora cuyo hijo depende de sus cuidados objetivos y que constata la cotización de las semanas requeridas para esta prestación requeridas en el decreto 797 de 2003.”*
3. Indicó que mediante Resolución No. SUB 218589 del 16 de agosto de 2022, se resolvió el recurso de reposición y se confirmó en todas sus partes la Resolución No. SUB 27412 del 2 de febrero de 2022, por no existir nuevos elementos de juicio que permitieran revocar la decisión inicial y reconocer la pensión especial de vejez por hijo inválido.
4. Acotó que a través de la Resolución No. DPE 13135 de 12 de octubre de 2022 se resolvió el recurso de apelación en donde se decidió confirmar en todas y cada una de sus partes la resolución recurrida y que a la fecha no se tiene petición pendiente por resolver a la parte accionante.
5. De acuerdo a lo anterior, estimó que Colpensiones no ha vulnerado derecho fundamental alguno, pues se dio respuesta clara, concreta y de fondo a todas y cada una de las solicitudes, por lo que se debe recordar que la responsabilidad de Colpensiones es brindar respuesta a las solicitudes mas no necesariamente acceder a lo solicitado toda vez que existe diferencia entre el derecho de petición y el derecho a lo pedido.
6. Indicó que en caso de que el ciudadano no se encuentre de acuerdo con lo resuelto por parte de esta administradora y crea tener derecho al reconocimiento pensional, se debe agotar el trámite judicial establecido por el legislador para debatir el derecho y no solicitar la pretensión por tutela toda vez que la acción solo procede ante la inexistencia de otro mecanismo judicial.
7. En ese sentido, informó que COLPENSIONES ha dado respuesta a la petición de acuerdo al precedente jurisprudencial, y por lo cual, si el accionante considera que le asiste otros derechos, distintos al de petición, debe de acudir a la jurisdicción ordinaria o de lo contencioso administrativo, por lo que la presente tutela debía ser declarada improcedente, ya que no se había vulnerado el derecho de petición alegado por el accionante.
8. Resaltó que de acuerdo con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991 la acción de tutela es un mecanismo *subsidiario y residual* por lo que resulta improcedente cuando existan otros recursos o medios de defensa judicial, razón por la cual, en concordancia con el numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo, toda controversia que se presente en el marco del Sistema de Seguridad Social entre afiliados, beneficiarios o usuarios, empleadores y entidades administradoras deberá ser conocida por la jurisdicción ordinaria laboral.

1. Señaló que igualmente la Corte Constitucional ha sido reiterativa en sostener que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de prestaciones económicas, pues por su naturaleza excepcional y subsidiaria, ésta no puede reemplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa.
2. En virtud de lo anterior solicitó se denegaran las pretensiones de la presente acción de tutela como quiera no cumple con los requisitos de procedibilidad de conformidad con el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

**CLÍNICA DE ESPECIALISTAS**

1. A pesar de haber sido convocada a la presente acción, guardó silencio.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[[11]](#footnote-11)**

1. El Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, mediante sentencia proferida el 6 de febrero de 2023 resolvió:

*“Primero. - No tutelar los derechos fundamentales de petición, vida digna, igualdad, debido proceso, salud de la señora PS*  *por inexistencia de vulneración o amenaza.*

*Segundo. - No tutelar por improcedente, los derechos fundamentales a la seguridad social y pago integral de una mesada pensional de la señora PS”.*

1. Para adoptar la anterior decisión, en primer lugar, se refirió ampliamente a cada uno de los derechos invocados, para luego en el marco normativo y jurisprudencial referirse a la pensión especial de vejez por hijo discapacitado prevista en el parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Así mismo, se refirió a la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión especial de vejez de madre o padre con hijo en situación de discapacidad y finalmente, a las cotizaciones parciales de los meses de abril y mayo de 2020.
2. Descendiendo en el caso concreto, indicó que en la demanda se señalaba y así se comprobaba en el proceso que la pensión especial de vejez de que trata el Art. 33 de la ley 100 de 1993 fue atendida desfavorablemente mediante Resolución SUB 27412 de fecha 2 de febrero del año 2022 y luego revisada en sede de los recursos de reposición y en subsidio apelación, mediante Resoluciones SUB 218589 de 16 de agosto de 2022 y DPE 13135 de 12 de octubre de 2022, en los que la entidad admite la calidad de madre cabeza de familia, pero mantiene la decisión de negar el reconocimiento pensional bajo el argumento que no acredita 1.300 semanas de cotización, indicando que cuenta 1.299 semanas, omitiendo las semanas de abril y mayo de 2020 canceladas en vigencia del Decreto 558 de 2020.
3. En este escenario, coligió entonces que bajo el entendido que COLPENSIONES dio contestación de fondo a la reclamación realizada por la actora, en cuanto el derecho fundamental de petición, no era exigible desde esta vista constitucional, que la respuesta fuera favorable a la peticionaria, por lo que pese al tiempo que la entidad se tardó en atender dicha solicitud, era claro que a la fecha de esta providencia, el derecho conculcado, se hallaba reivindicado, por lo que en estas circunstancias se debía negar el amparo pretendido.
4. Tampoco concedió el amparo respecto de los derechos fundamentales a la vida digna, igualdad y debido proceso, en la medida que la parte accionante no acreditó la vulneración alegada; que, al contrario, la accionante había tenido la oportunidad de controvertir en sede administrativa, la decisión emitida frente al derecho pensional deprecado, lo que además la dignificaba como ciudadana y quedaba abierta la posibilidad de controvertir esa decisión de la administración, en sede judicial.
5. Por otro lado, observó en el proceso, que la accionante se encuentra afiliada como cotizante en el sistema de seguridad social en salud, según el certificado expedido por la Nueva EPS y no se demuestra que padezca de alguna situación de salud que amerite consideración; menos se acreditaba que a COLPENSIONES le fuera atribuible la desatención de servicios de salud.
6. Además, afirmó que acorde con la consulta efectuada por el despacho a la plataforma SISPO RUAF, prueba que además de ser sumaria, era hecho notorio por corresponder a base de datos de consulta pública y puesta a disposición en la página web del sistema, se constataba que tanto la señora PS como el señor ALN, eran cotizantes al sistema de seguridad en salud a la Nueva EPS en el Régimen Contributivo, incluso con afiliación también a riesgos laborales para el año 2022, por lo que no se ordenó amparo del derecho fundamental de salud.
7. En lo que atañe al requisito de inmediatez, indicó que si bien no existía un término definido para interponer la acción constitucional, ello no significaba que el amparo de los derechos fundamentales pudiera solicitarse en cualquier tiempo, lo cual en palabras de la Corte; “desvirtuaría el propósito mismo de la tutela, el cual es permitir una protección urgente e inmediata de los derechos fundamentales”, por lo que la misma jurisprudencia de la corporación ha dispuesto que la acción de tutela sea presentada en un término razonable respecto a la ocurrencia de las circunstancias que dieron lugar a la presunta amenaza o vulneración de los derechos.
8. Agregó que en casos similares al aquí examinado, la Corte Constitucional ha señalado que la inmediatez se contabiliza desde que se profirió la decisión de Colpensiones que confirmó la negación del reconocimiento de la pensión, y en el *sub lite,* la resolución que resolvió el recurso de apelación se expidió el 12 de octubre de 2022, y la acción se instauró el 23 de enero del año en curso, es decir 3 meses y 10 días después, lapso que el juzgado estimó razonable conforme al criterio fijado en jurisprudencia constitucional.
9. Empero lo que consideró que no era razonable, era el interregno transcurrido desde el 01 de febrero de 2021 en el que la demandante manifestó que dejó de trabajar, por lo tanto dejó de realizar aportes al sistema de seguridad social en pensión, por lo que el término de razonabilidad, en este caso, debía contarse desde la fecha en que pudo consolidarse el derecho y no desde la fecha en que Colpensiones atendió la solicitud elevada por la accionante el 28 de octubre de 2021, mediante Resolución SUB 27412 del 2 de febrero de 2022, en la medida que desde entonces han transcurrido dos años aproximadamente sin que hubiere reclamado el referido derecho pensional deprecado y pese a la severidad enfermedad que padece su hijo, debía tenerse en cuenta que se trataba de una persona de 22 años, que aunque no se podía valer por sí mismo, dicho interregno era tan amplio que superaba los fines constitucionales de la acción de tutela, por lo que no se cumplía entonces el requisito de inmediatez
10. En cuanto a la subsidiaridad, sostuvo que la Corte ha establecido que cuando la intervención del juez natural para definir este tipo de asuntos no resulte expedita ni eficaz, la acción de tutela es procedente cuando se advierta la presencia de algunos de los criterios orientadores referidos su jurisprudencia.
11. Acudiendo a dichos criterios, en este caso, encontró acreditado que la accionante PS, es madre del joven CLLS, quien fue calificado por Colpensiones con una pérdida de capacidad laboral de 82.68%, con fecha de estructuración desde su nacimiento, teniendo en cuenta que la distrofia muscular de Duchenne es una enfermedad hereditaria.
12. Empero, en lo que atañe a la situación particular de la señora PS, indicó que no se encontraba en una situación de vulnerabilidad que hiciera procedente la acción constitucional como mecanismo de protección, como adujo la jurisprudencia que citó, dado que la accionante contaba con 50 años edad, no se acreditó que tuviera alguna situación de salud a considerar, que le impidiera ejercer las acciones ordinarias para reclamar el derecho pensional deprecado
13. Tampoco observó que la accionante correspondiera a sujeto de especial protección constitucional, incluso de acuerdo a la certificación aportada, a 15 de diciembre del año 2022, la actora se registraba como cotizante a la Nueva EPS, es decir, en régimen contributivo.
14. Sobre la comprobación del peligro del mínimo vitalde la actora y su núcleo familiar, lo que tornaría el análisis en un escenario en el que la acción de tutela podría tramitarse como mecanismo transitorio, el despacho anticipó que no advertía tal situación, dado que la señora PS convivía con su hijo discapacitado y con el señor ALN, padre del joven, quien tenía actualmente 59 añosy no se encontraba en alguna situación que lo convirtiera en sujeto de especial protección.
15. Por otro lado, acerca de los ingresos para atender las necesidades básicas, observó el juzgado que no se encontraba acreditado que los mismos fueran insuficientes, por cuanto iteró que desde el 01 de febrero de 2021, época en que la accionante terminó su vinculación laboral con la Clínica de Especialistas, hasta el 28 de octubre de 2021, fecha en que se elevó la solicitud de la pensión especial, transcurrieron más de ocho meses, lapso que resultaba extenso, si no se contara con ingresos fijos. Sin embargo, le llamó la atención al despacho que, a pesar de ello, la actora y su núcleo familiar hayan podido solventar sus gastos durante dicho tiempo.
16. Refirió que, según el informe técnico de investigación realizado por solicitud de Colpensiones, la actora y su núcleo familiar habitaban en casa y carro propio, no recibían apoyos o subsidios del Gobierno, además conforme a lo allí plasmado, el señor LN labora ocasionalmente y colabora con los gastos.
17. Por consiguiente, a juicio del juzgado los aspectos previamente relacionados no eran indicativos de que la actora y su núcleo familiar ostentaran condiciones económicas que les imposibilitaran atender sus necesidades básicas, sino por el contrario, daban lugar a inferir que las podían solventar, descartando así un perjuicio inminente e irremediable, mientras se surtía un proceso ordinario judicial.
18. Con observancia de las condiciones particulares de la parte accionante, el despacho consideró que el medio judicial ordinario resultaba idóneo o eficaz para resolver la controversia aquí planteada, máxime al no evidenciarse un perjuicio irremediable que afecte a la accionante o su núcleo familiar.
19. Entonces, bajo el argumento de propender por la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y lo que denomina como fundamental pago de una mesada pensional integral, en aras de obtener por vía sumaria, el reconocimiento, liquidación y pago de la pensión especial de vejez por hijo inválido, a partir del 01 de febrero de 2021 de que trata el Art. 33 de la ley 100 de 1993, sin que se cumplieran los requisitos de inmediatez y subsidiaridad, resulta improcedente la acción de tutela, por cuanto se obviaba el procedimiento ordinario de control de legalidad de la Resolución SUB 27412 de fecha 2 de febrero del año 2022, mediante el cual Colpensiones negó el derecho deprecado, incluso en sede de los recursos de reposición y en subsidio apelación, resueltos mediante Resoluciones SUB 218589 de 16 de agosto de 2022 y DPE 13135 de 12 de octubre de 2022, en caso de inconformidad.
20. Mencionó que se ponía de vista una controversia litigiosa, en la medida que en los referidos actos administrativos se señala que la peticionaria no cumplía con algunos requisitos de ley para acceder a la pensión, caso en el cual, entre otros se señalaba una presunta responsabilidad en el pago de los aportes pensionales de los meses de abril y mayo del año 2020, a cargo presuntamente de su antiguo empleador, Clínica de Especialistas, sociedad de derecho privado que no fue convocada por la demandante en esta acción constitucional, pese a que manifestó que mantuvo una relación laboral, por lo que en aras de dar remedio a esa falencia procesal, el despacho la vinculó a esta acción, empero, corroboraba la necesidad del debate probatorio con la intervención de todos los involucrados en sede ordinaria.
21. Entonces, refirió en lo que concierne al pago del faltante de los aportes para los meses de abril y mayo de 2020, que el Decreto 376 de 2021 era claro en establecer que incumbía a empleadores y trabajadores cancelar dicho faltante, de acuerdo a los porcentajes que les corresponde, incluso consagra que el trabajador puede efectuar la totalidad del aporte y luego repetir contra el empleador, por lo que no le asiste razón a la accionante cuando afirma que la Clínica de Especialistas es la que de manera exclusiva debìa pagar el faltante de los aportes.
22. Iteró, que no había lugar a proteger el denominado *pago integral de una mesada pensional,* pues conforme a lo expuesto, corresponde al juez natural, a través de un proceso ordinario, determinar si la señora PS cumple los presupuestos para acceder a la pensión especial por hijo con discapacidad

**FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN[[12]](#footnote-12)**

1. Provino de la accionante quien en la impugnación replicó los hechos expuestos en la demanda de tutela y además agregó los que la Sala resume a continuación.
2. Señaló que *la mesada pensional a la cual está recurriendo ante la entidad se realizó cotización sobre un salario mínimo, e indicó que el Decreto 376 de 2021, en su artículo 2.2.3.5.3. declara que, si el trabajador dependiente se retiró de la empresa, fue despedido o la empresa fue liquidada y por tal razón sólo se efectuó el pago de la cotización a cargo del empleador, las* ***Administradoras de Pensiones*** *deberán acreditar en la historia laboral del afiliado, las semanas correspondientes al 75% de la cotización realizada. Que en todo caso el trabajador podrá en cualquier momento efectuar el pago del porcentaje faltante, es decir el 25% de la cotización faltante al Sistema General de Pensiones, para lo cual, en caso de efectuar dicho pago después de transcurrido el plazo de 36 meses establecido en el presente decreto aplicará la causación de los intereses de mora contenida en el artículo 2.2.3.5.5 del presente decreto.*
3. Resaltó que en su caso concreto contaba con que la empresa Clínica de Especialistas realizaría el debido aporte y no hubiese dejado el mismo a la seguridad social en pensiones a causarse para los periodos de abril y mayo del 2020, por cuanto conocen de la necesidad de cuidado que su hijo CLLS requiere.
4. Afirmó que la necesidad de ser reconocida dentro de esta prestación económica no descansaba en que no tuviera la edad ni la fuerza para seguir laborando, sino que necesitaba del tiempo de calidad parar compartir con su hijo y procurar su cuidado en el manejo de la enfermedad que lo aqueja.
5. Explicó que la enfermedad que hoy padece su hijo CLLS, es de carácter degenerativo progresivo y crónico, con dependencia severa para las actividades básicas de la vida diaria, con discapacidad motora, cuya esperanza de vida es limitada por las afectaciones que esta enfermedad produce. Según consta en formulario de calificación de la perdida de la capacidad laboral y ocupacional emitido por Colpensiones.
6. Agregó bajo la gravedad del juramento que cumple con los requisitos estipulados en el inciso 2° del parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993 para tener derecho a la pensión especial de vejez por hijo inválido que es de vital urgencia para poder cuidar de su hijo en su enfermedad por cuanto el diagnóstico médico no brinda una posible mejora, es difícil su manejo y traslado, contando, además, que la enfermedad disminuye su esperanza de vida.
7. Esgrimió que la ley 100 de 1993, en su artículo 24, señala que corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes, adelantar las acciones de cobro con el motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador.Que COLPENSIONES en ningún momento adelantó ninguna acción por el no pago oportuno de los aportes del empleador para cumplir con el pago del 75% del aporte por COVID.
8. Argumentó que la Corte Constitucional en la sentencia T- 920 de 2010, expresó que no se puede negar el reconocimiento de la pensión porque la entidad encargada de reconocerla está en el deber de exigir al empleador la cancelación de los aportes, por cualquiera de las vías administrativas o judiciales legalmente establecidas, e imponer las sanciones previstas, sin que le sea dable hacer recaer sobre el empleado las consecuencias que se puedan derivar de la mora del empleador en el pago de los aportes pensionales, ni alegar en su favor su propia negligencia en la implementación de las acciones de cobro. Lo anterior, puesto que el empleado es ajeno a dicha a dicha situación de mora y no tiene porqué asumir la ineficiencia.
9. Que de igual manera la misma corporación en la sentencia T- 855 de 2011, manifestó que en el evento en que el empleador incurre en mora en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, las consecuencias negativas que se derivan de tal omisión no deben ser asumidas por el trabajador afiliado, quien no tuvo injerencia alguna en la falta de pago de sus cotizaciones, ni en la inactividad de la entidad administradora de pensiones para el cobro de tales aportes. En consecuencia, no es posible dejar de contar como requisito para acceder a una pensión de vejez las cotizaciones que el empleador no efectuó con conocimiento de la entidad administradora de pensiones, que estaba en el deber de exigirlas, razón por la cual no podrá oponer a quienes pretenden un reconocimiento pensional, la mora cuya configuración permitió al asumir una actitud pasiva ante el incumplimiento del empleador.
10. Acotó que con base en los deberes que debe asumir el empleador y la administradora de pensiones, las providencias emitidas han hecho énfasis en que la jurisprudencia ha establecido la imposibilidad de trasladarle a los afiliados del Sistema General de Pensiones las consecuencias derivadas de la mora del empleador en el pago de los aportes. Cita jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema en la que en uno de sus apartes señala que “*Frente a la mora del empleador en el pago del aporte, advirtió, se tiene establecido que la validez de las semanas cotizadas no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro, resaltó el alto tribunal.*
11. Afirmó que la sentencia T-045 de 2016 señaló que la acción de tutela no procede para el reconocimiento de prestaciones económicas, excepto cuando se cumplen unos requisitos, los cuales en su caso se cumplen y de acuerdo con esa jurisprudencia la intención de esta pensión es que los padres puedan compartir con sus hijos, tener el cuidado necesario y que con el valor de la pensión especial de vejez establecido en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993, pueda sostener la familia.
12. Demarcó que no tiene como soportar la carga económica de no poder trabajar por estar al cuidado de su hijo, ya que se retiró de su trabajo desde el 1 de febrero del 2021 con la finalidad de poder compartir con mi hijo CLLS, tener su cuidado y protección y aprovechar sus días de vida, siendo su propia madre la que brinde los cuidados especiales que él necesita.
13. Dijo que solo pide la oportunidad de poder cuidar a su hijo, y suplir sus necesidades físicas, mentales, emocionales, que no pudo compartir en vida con su hijo mayor, ya fallecido por la misma enfermedad, por actuaciones administrativas de las cuales no tiene injerencia.

1. **CONSIDERACIONES**
2. Transcurrido en legal forma el trámite de segunda instancia se establece que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, por lo que se ocupa la Sala de desatar la impugnación interpuesta por la accionante contra la sentencia proferida el 6 de febrero de 2023 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso

**PROBLEMA JURÍDICO**

1. Corresponde a los antecedentes expuestos, corresponde a esta Sala establecer en este caso concreto si:

*¿Si es procedente en este caso la acción de tutela para reclamar la pensión especial de vejez por hijo en situación de invalidez prevista en el inciso 2° del parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, o por el contrario no lo es por no haberse dado los principios de inmediatez y subsidiariedad?.*

*¿En caso de ser procedente, es viable a través de este mecanismo constitucional ordenar a COLPENSIONES el reconocimiento de la mencionada pensión, negada por esa entidad al no cumplir con el requisito mínimo de las cotizaciones exigidas por no tenerse en cuenta las cotizaciones de los meses de abril y mayo de 2020, en cumplimiento de Decreto* *376 de 2021?*

**ANÁLISIS DE LA SALA**

**El caso concreto**

**De la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar la pensión especial de vejez por hijo en situación de invalidez.**

1. La Corte Constitucional se ha encargado de estudiar los requisitos de procedencia de la acción de tutela en estos casos especiales así:

**Inmediatez**

1. La jurisprudencia constitucional ha sostenido que la parte demandante tiene la carga de interponer la acción de tutela en un tiempo razonable, contado desde el *“último hecho presuntamente vulnerador”[[13]](#footnote-13)*, que en estos casos como el que ahora nos ocupa no es otro que el acto administrativo mediante el cual la entidad de seguridad social niega la pensión solicitada, sin perjuicio, de comprenderse en cada caso, a partir de las condiciones fácticas y jurídicas que rodean la demanda.
2. Aplicada dicha regla al presente asunto, se observa que: (i) COLPENSIONES, por Resolución DPE 13135 del 12 de octubre de 2022, resolvió el recurso de apelación confirmando en todas sus partes la Resolución No. SUB 27412 del 2 de febrero de 2022, que le negó a la señora PS la pensión especial de vejez por hijo inválido, por no acreditar el lleno de requisitos establecidos en la Ley para acceder a dicha prestación. (ii) La actora interpuso esta acción de tutela el 23 de enero del año en curso, es decir, 3 meses y 10 días después, por lo que acuerdo con los derroteros sentados por la jurisprudencia constitucional, este término se considera prudente y razonable para el ejercicio de esta acción.
3. En este orden de ideas, no es recibo el argumento adicional expuesto por el A quo para estimar que la actora no había cumplido con el principio de inmediatez, pues en su concepto el término debía contarse a partir del 1° de febrero de 2021, fecha en la que la accionante dejó de trabajar para cuidar a su hijo, y, por tanto, fue desde ahí que pudo consolidarse su derecho.

**Subsidiariedad.**

1. La alta corporación referida ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela, con el propósito de reclamar la pensión especial de vejez por hijo en situación de invalidez, cuando se advierten elementos subjetivos que justifican la intervención inmediata del juez de tutela[[14]](#footnote-14). En la sentencia T-077 de 2020 sobre el particular se señaló

*“Al respecto, la jurisprudencia indica que no resulta expedita ni eficaz la respuesta del juez natural, en los eventos que, ante la jurisdicción constitucional, se advierte, por ejemplo, que:* ***(i) el reconocimiento tardío de la prestación agrava la situación de sujetos de especial protección constitucional, particularmente al afectar condiciones mínimas de cuidado y atención que necesita la persona discapacitada****; (ii) la resolución de la tutela involucra a un grupo plural de personas en situación de debilidad manifiesta, tal como ocurre con personas de la tercera edad y menores de edad en situación de vulnerabilidad; y (iii) la manutención de la familia depende enteramente del actor, quien no tiene una fuente de ingreso económico estable, ni logra incorporarse al mercado laboral. Así, esta Corporación ha otorgado “(…)* ***especial consideración a los padres trabajadores que tienen a su cargo un hijo en situación de discapacidad, por ser quienes proveen el sustento económico de los menores y/o personas con discapacidad, que conformen su seno familiar; por lo que de******ellos depende el resguardo del mínimo vital propio y el de sus familias”*[[15]](#footnote-15).**  (Subrayados y resaltados de la Sala)

1. En el caso concreto que convoca la atención de la Sala, el joven CLLS, de 22 años de edad, hijo de la actora[[16]](#footnote-16) y quien es la beneficiaria de la pensión anticipada, es un sujeto de especial protección constitucional a causa de la pérdida del 82.68%[[17]](#footnote-17) de su capacidad laboral. Por lo tanto, la demora en el reconocimiento de la pensión que la actora solicita indiscutiblemente afecta las condiciones mínimas de cuidado y atención que como persona discapacitada necesita, y que solo la actora como su progenitora que es, le puede prodigar.
2. En efecto, el dictamen pericial aportado al expediente Nº DML 4043619 del 28 de octubre de 2020 demuestra que tiene una enfermedad denominada *“Distrofia Muscular de Duchenne y Becker*” la cual fue estructurada el 4 de octubre del 2000, emitido por COLPENSIONES[[18]](#footnote-18).
3. Es de resaltar en el mencionado dictamen le fueron realizadas las siguientes valoraciones médicas:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ***Fecha*** | ***Especialista o examen*** | ***Resultado*** |
| *22/10/2020* | *Valoración telefónica por fisioterapeuta* | *Quien recibe la llamada: PS (madre)*  *Usuario de género masculino con diagnóstico de distrofia muscular de Duchenne, fractura de fémur, fractura de húmero, SAHOS.*  *Rol Ocupacional: Nunca ha trabajado. Recibió educación hasta bachillerato.*  *Posee dependencia severa en movilidad, es transportado en silla de ruedas, tiene limitación para realizar transiciones, transferencias y patrones manipulativos. Depende completamente de terceros en actividades de cuidado personal y vida doméstica. Recibe terapia física domiciliaria 4 veces/semana. Vive con padres.*  *Fisioterapeuta: Diana Paola Rincón Rodríguez*  *RETHUS 1.049.644.376* |
| *13/10/2020* | *Medicina domiciliaria* | *Dr. Sergio ANdres Giron*  *RM. 1634/09*  *Paciente con distrofia muscular de Duchenne, pérdida global de la fuerza muscular, en silla de ruedas con taquicardia paroxistica en tratamiento, estreñimiento cránico, paciente* ***con dependencia funcional total del cuidados****, atiende la llamada madre del paciente quien manifiesta se encuentra estable, asintomático en buen estado general. Según lo referido por informante se considera indices de discapacidad sin cambios: Barthel*  *1 5, Karfnosky 40.*  ***Recomendaciones:***  ***Acompañamiento permanente,***  ***asistencia en silla de ruedas para su desplazamiento.*** |
| *16/09/2020* | *Neumología* | *Dr. Ana Maria Gonzales*  *RM. 52817271*  *Antecedentes médicos: 1. Distrofia muscular Duchenne por mutación. 2.SAHS leve IAH 12.7/h. 3. Taquicardia sinusal inapropiada. 4. Fractura de fémur derecho, fractura de humero izquierdo. Tratamiento actual:*  *Polietilenglicol 0-10. Bisoprolol 5 mg 1-0-0. Ataluren 500-500-1000. CPAP 8 cm H20 con mascara nasal + humidificador. Enfermedad actual: última valoración neumologia hace 2 años.*  *Seguimiento por genética, indico*  *tratamiento con Ataluren desde hace 5 meses. Inicio tratamiento con CPAP hace 6 meses, la usa todas las noches, refiere sequedad oral por apertura, no cefalea matutina. Actualmente no tos, ni expectoración, no sibilancias, no sensación de disnea, no atragantamientos, no secreciones , no sialorrea.*  *Análisis: paciente con antecedentes de distrofia muscular Duchenne + SAHS leve sin hipoventilación nocturna.*  *Presenta compromiso severo de PIN y PEN.*  *Actualmente en tratamiento con CPAP con regular adaptación por apertura oral.* |
| *02/06/2020* | *Genética* | *Dr. Carolina Rivera Nieto*  *RM. 52713394*  *Se realiza teleconsulta para control de genética.. paciente de 19 años con diagnósticos de distrofia muscular de Duchenne. Inicio terapia con Atalureno. Madre refiere adecuada respuesta por mejor estabilidad y fuerza. Pruebas funcionales: Escala de Vignos: 9 se moviliza en silla de ruedas. Escala de Brooke: 5 no puede llevarse las manos a la boca, puede sostener un lápiz o recoger monedas de la mesa).* ***Paciente con dependencia severa para las actividades básicas de la vida diaria con disminución de motricidad gruesa en miembro superior derecho y en nivel medio de miembros superiores.*** *En el momento realiza compensaciones con cabeza - tronco y soporte con mano no dominante para ejecutar patrones funcionales (mano boca) por lo que se debe trabajar en planos elevados para mantener actividades de alimentación. Análisis: el paciente no es ambulante.* |
| *10/08/2020* | *Fisiatría* | *Dr. Rogelio Camacho*  ***Paciente con diagnósticos de distrofia muscular de Duchenne cursa actualmente con discapacidad motora, respiratoria que limita sus actividades básicas cotidianas en forma severa (85%) y su participación en las actividades instrumentales de la vida diaria. Discapacidad severa mayor 85% requiere máxima asistencia en la mayoría de las actividades relacionadas con la locomoción.*** |

1. Como se puede observar, el dictamen pericial reseñado da cuenta de la patología que padece el joven CLLS y por la cual le fue determinada una pérdida de su capacidad laboral del 82.68%. Y es por eso que los diversos especialistas médicos que lo examinaron conceptuaron, por ejemplo, que posee dependencia severa en movilidad; depende completamente de terceros en actividades de cuidado personal y vida doméstica, con dependencia funcional total de cuidados; que se moviliza en silla de ruedas y requiere máxima asistencia en la mayoría de las actividades relacionadas con la locomoción. También se puede verificar del mismo dictamen que quien vela por su cuidado es su señora madre, la aquí demandante PS.
2. De otro lado, en la declaración extra-proceso rendida por la señora **PS** [[19]](#footnote-19) ante la Notaría Prima del Círculo de Sogamoso, que no fue cuestionada por la entidad accionada, ella señaló que es madre cabeza de familia de **CLLS,** tiene a su cargo los gastos de su hijo y debido a su enfermedad depende económicamente y socialmente de ella. Igualmente señaló que su otro hijo ALS[[20]](#footnote-20) falleció a la edad de 24 años de la misma enfermedad[[21]](#footnote-21) de su otro hijo, y a quien no pudo dedicarse a sus cuidados cuando más la necesitó, a causa de su trabajo y que no hubo otros recursos para poder sufragar los gastos del hogar.
3. Refirió igualmente, que los ingresos recibidos por su trabajo no eran suficientes para el pago de un cuidador para su hijo CLLS, ya que, por su condición de discapacidad, dependía totalmente de otra persona, además de otros gastos adicionales que se requerían y no eran cubiertos por el POS. Finalmente afirmó también bajo la gravedad del juramento que requiere del tiempo, la disposición física y disponibilidad económica que brinda la pensión anticipada de vejez por madre de hijo con discapacidad, para dedicarse de tiempo completo al cuidado y protección de su mencionado hijo, dado que la enfermedad que padece es huérfana y de alto costo y requiere de sus cuidados permanentemente, comprometiéndose en renunciar a su trabajo.
4. De la misma manera se observa la declaración extra proceso rendida por el señor ALS[[22]](#footnote-22) ante la misma notaría, que tampoco fue controvertida por la entidad accionada, en la que manifestó bajo la gravedad del juramento que no cuenta con un trabajo estable, que son ocasionales e informales, con los cuales los ingresos que percibe no son suficientes para sufragar los gastos de su hogar y los de mi hijo CLLS, el cual se encuentra en condición de discapacidad física severa debido a su enfermedad llamada distrofia muscular de Duchenne. En razón de lo anterior afirmó también depender económicamente de su esposa PS.
5. Aunado no existe prueba en el expediente que persona diferente a su señora madre u otra persona colabore económicamente en el hogar para inferir que el núcleo familiar cuenta con otra fuente de ingresos que, al tiempo que les permite adelantar un proceso ordinario, les asegura la satisfacción de las necesidades básicas y el cuidado permanente de su hijo incapacitado para valerse por sí mismo.
6. Es de resaltar que todo lo anterior fue corroborado en el Informe Técnico de Investigación[[23]](#footnote-23) - Dependencia Económica - realizado por la empresa **COSINTE LTDA.**, en el cual como conclusión general se dejó consignado:

***“SI SE ACREDITÓ*** *el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por* ***CLLS,*** *una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación administrativa*.

*De acuerdo a la información verificada, cotejo de documentación, entrevistas y trabajo de campo, se logró confirmar que el joven CLLS,* ***depende económicamente y de manera total de su progenitora la señora PS.*** *Teniendo en cuenta las condiciones médicas de la solicitante ya que presenta una pérdida de capacidad laboral del 82.68 %, según pudo constatarse en documento emitido por la Junta de Calificación Médico Laboral de Colpensiones, con fecha de estructuración a partir del 04 de octubre de 2000, debido a que fue diagnosticado como paciente con distrofia muscular de Duchenne, situación que no le permite realizar ninguna actividad que le pueda generar ingresos económicos para su sustento, tampoco recibe pensión.”*

1. En este orden de ideas, esta Sala considera que, la presente acción de tutela sí cumple con el requisito de subsidiariedad, puesto que las circunstancias en que se encuentra la demandante, su hijo discapacitado y su núcleo familiar, que han sido plenamente demostradas, justifican la intervención inmediata del juez constitucional, dada la idoneidad del medio judicial ordinario en este caso particular, para la protección de los derechos fundamentales invocados.
2. Por consiguiente, una vez superadas la inmediatez y subsidiaridad de la presente acción de tutela, emprenderá la Sala la resolución del segundo problema jurídico en aras a determinar si es viable a través de este mecanismo constitucional ordenar el reconocimiento de la prestación social deprecada por la actora.

**Naturaleza y requisitos de la pensión la pensión especial de vejez por hijo en condición de invalidez el inciso 2° del parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993**

1. En la sentencia T- 314 de 2022 de la Corte Constitucional, en lo pertinente para la decisión que aquí se debe adoptar de acuerdo con las circunstancias particulares de caso, señaló:

*70.* ***La pensión especial de vejez de padre o madre trabajadora con hijo en situación de discapacidad***. *La pensión por hijo en situación de discapacidad es un tipo “especial”[[24]](#footnote-24) de pensión de vejez que la ley concede a los padres o madres que tienen hijos en situación de discapacidad* “*física o mental, que no les permite valerse por sí mismos, y que dependen económicamente de ell*[os]”[[25]](#footnote-25). *En virtud de esta prestación,* ***la ley asegura a la madre o padre*** *“****unos ingresos económicos que le posibilitan dejar su trabajo****”[[26]](#footnote-26) y dedicar “más tiempo a su hijo en situación de discapacidad contribuyendo con ello a su mejor desarrollo y rehabilitación”[[27]](#footnote-27).* *En tales términos, la Corte Constitucional ha resaltado que esta pensión es una* ***“acción afirmativa****”[[28]](#footnote-28) en favor de los niños y las personas en* *situación de discapacidad[[29]](#footnote-29), que tiene como finalidad materializar los mandatos de especial protección constitucional de estas poblaciones, previstos en los artículos 44 y 47 de la Constitución Política*[[30]](#footnote-30).

*71. Requisitos de la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad*. *Conforme al inciso 2º del parágrafo 4º del 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia han señalado de forma reiterada que existen tres requisitos para tener derecho al reconocimiento y pago de esta prestación. Así mismo, han indicado que existen 2 condiciones para permanecer en dicho régimen pensional especial de vejez[[31]](#footnote-31), los cuales se explican en el siguiente cuadro:*

|  |  |
| --- | --- |
| **Requisitos de la pensión especial de vejez por hijo en situación de discapacidad** | |
| 1. Madre o padre trabajadora | **La madre o el padre deben haber cotizado al SGP, cuando menos, el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión ordinaria de vejez.** |
| 1. Situación de discapacidad calificada | El hijo debe encontrarse en una situación de discapacidad. La ley exige que el hijo tenga una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% debidamente calificada. |
| 1. Relación de dependencia | El hijo en situación de discapacidad debe depender de su madre o de su padre trabajador, según fuere el caso. Este requisito exige demostrar (i) la dependencia económica, lo que implica que el aporte monetario del madre o padre solicitante es requerido para garantizar el mínimo vital del hijo y (ii) un “requerimiento razonable de cuidado personal”[[32]](#footnote-32), lo que supone demostrar que existe una[[33]](#footnote-33) “necesidad afectiva o psicológica de contar con la presencia, cariño y acompañamiento de quien pretende la prestación”[[34]](#footnote-34). |
| 1. Requisitos de permanencia en el régimen | La ley dispuso dos condiciones de permanencia dentro de este régimen especial de pensión de vejez[[35]](#footnote-35): (a) que el hijo permanezca en esa doble condición: afectado por la situación de discapacidad y dependiente de la madre o el padre y (b) que la madre o el padre no se reincorpore a la fuerza laboral. |

(…)

1. De acuerdo con los antecedentes plasmados en esta providencia, la Sala encuentra que la negativa de COLPENSIONES a reconocer a la accionante PS la pensión de vejez por hijo en situación de discapacidad se fundamentó únicamente en el incumplimiento del primer requisito esto es la cotización del mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión ordinaria de vejez que para este momento es de 1.300[[36]](#footnote-36).
2. Lo anterior releva a este estrado judicial de hacer cualquier pronunciamiento adicional respecto de los demás requisitos legales exigidos para el reconocimiento de la prestación social deprecada, como quiera que la entidad accionada los encontró satisfechos. En consecuencia, el análisis que emprende la Sala de aquí en adelante se limitará al requisito echado de menos.
3. En efecto, mediante Resolución No. SUB 27412 del 2 de febrero de 2022, se le negó la pensión por cuanto no demostró su condición de *“madre cabeza de familia”*[[37]](#footnote-37). En cuanto al requisito atinente al número de semanas cotizadas en esta resolución se dejó plasmado *“Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 9,145 días laborados, correspondientes a* ***1,306 semanas”.***
4. Contra el anterior acto administrativo la señora PS interpuso los recursos de reposición y subsidiario de apelación con el propósito de que se le reconociera y pagara la prestación económica de pensión de vejez por hijo inválido a la cual consideró tener derecho por constar su calidad de madre trabajadora cuyo hijo dependía de sus cuidados objetivos y que se constataba la cotización de las semanas requeridas para esta prestación en la Ley 797 de 2003[[38]](#footnote-38).
5. El recurso de reposición fue resuelto por Resolución No. SUB 218589 del 16 de agosto de 2022[[39]](#footnote-39), mediante la cual en el numeral primero de su parte resolutiva resolvió *“Modificar la Resolución SUB 27412 del 2 de febrero de 2022, respecto al número de semanas conforme a lo indicado en la parte motiva”.*
6. Lo anterior en razón a que en la parte motiva de la primera resolución luego de señalar los servicios prestados por la señora **PS**, se concluyó *“Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 9089 días laborados, correspondientes a* ***1,298 semanas*** *(…) Que de conformidad con lo anterior, se observa que la señora SP, no tiene cotizadas el mínimo de semanas exigido en el Régimen de Prima Media para acceder a la pensión de vejez, es decir, las 1300 semanas cotizadas, razón por la cual se procederá a confirmar en todas y cada una de sus partes la Resolución SUB 27412 del 2 de febrero de 2022, de conformidad con las razones expuestas anteriormente”.*
7. Mediante la Resolución DPE 13135 del 12 de octubre de 2022[[40]](#footnote-40) por medio del cual se resolvió el recurso de apelación, se confirmó en todas sus partes la Resolución No. SUB 27412 del 2 de febrero de 2022.
8. Específicamente sobre el requisito relacionado con el número mínimo de semanas de cotización en este último acto administrativo mencionado, luego de relacionar los servicios prestados por la interesada, se consideró lo siguiente:

***“Que conforme lo anterior, el interesado acredita un total de 9,149 días laborados, correspondientes a 1,307 semanas.***

*Que nació el 22 de marzo de 1972 y actualmente cuenta con 49 años de edad.*

***Es pertinente indicar que los periodos de abril y/o mayo de 2020 no serán tenidos en cuenta en el presente acto administrativo****,* ***toda vez que los mismos fueron cotizados sobre el 3% en vigencia del decreto 558 de 2020 el cual fue declarado inconstitucional. En virtud de lo anterior, el empleador se encuentra obligado a realizar el pago del porcentaje restante, de conformidad con el Decreto 376 de 2021, el cual estableció:***

*“Artículo 2.2.3.5.2. Pago faltante del aporte al Sistema General de Pensiones para los períodos de abril y mayo de 2020. Los empleadores del sector público y privado, y los trabajadores dependientes e independientes que hayan hecho uso del mecanismo contemplado en el Capitulo I del Decreto Legislativo 558 de 2020, y por ello sólo hayan aportado el 3% de la cotización al Sistema General de Pensiones correspondiente a la comisión de administración y a la cobertura de aseguramiento de invalidez y sobrevivencia, contarán con 36 meses contados a partir del 1 de junio de 2021 para efectuar el aporte de la cotización faltante, sin que haya lugar a la causación de intereses de mora dentro de dicho plazo, tal como lo establece la sentencia C-258 de 2020, proferida por la Corte Constitucional.”*

*Que esta Entidad pone de presente a la señora SP, que el Gobierno Nacional a través del Decreto 376 de 9 de abril de 2021 implementó las medidas para realizar el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones para los periodos de abril y mayo de 2021 de conformidad con la sentencia C-258 de 2020 proferida por la H. Corte Constitucional, a fin de que pueda proceder con el pago de la diferencia del aporte de los meses de abril y mayo de 2020.*

*Que obra dentro del expediente pensional Dictamen de Pérdida de Capacidad a nombre de el joven* ***CLLS*** *identificada con la Cedula número 1007442163, en calidad de hija de la afiliada* ***SP****, identificada con C.C. No. 46.368.146, con concepto emitido por COLPENSIONES en el cual se califica una pérdida del 82.68% de su capacidad laboral estructurada el 04 de octubre de 2000, mediante dictamen No: DML 4043619 del 28 de octubre del año 2020.*

*(…)*

***Que, conforme a lo anterior, se le debe indicar a la solicitante, que no cumple con el requisito de semanas cotizadas establecido en la norma, ya que es necesario que acredite 1,300 semanas cotizadas y si bien en su historia laboral cuenta con un total de 1.307 semanas, no se tienen en cuenta las semanas cotizadas por tiempo covid19, por lo que a la fecha cuenta con 1.299 semanas de cotización”.***

1. Para esta Sala de Decisión, queda claro entonces, de lo establecido hasta este momento, que la negativa de COLPENSIONES en el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo incapacitado solicitada por la actora obedeció única y exclusivamente a que le faltó 1 semana, por lo que no cumplió con el requisito del mínimo de semanas cotizadas exigido en el Régimen de Prima Media para acceder a la pensión de vejez, es decir, 1300.

**Pago faltante del aporte al Sistema General de Pensiones para los períodos de abril y mayo de 2020.**

1. Como es bien conocido, la Corte Constitucional mediante la sentencia C-258 de 2020, declaró inexequible el Decreto Legislativo 558 de 2020 *“Por el cual se implementan medidas para disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones, proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado y se dictan otras disposiciones en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”,* con efectos a partir de su expedición.
2. Como consecuencia de tal declaratoria ordenó, en lo que interesa a esta acción, al Gobierno nacional que, *en ejercicio de sus competencias, adoptara e implementara un mecanismo que, en un plazo razonable, permitiera a empleadores, empleados e independientes, aportar los montos faltantes de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones correspondientes a los períodos de abril y mayo del año 2000, cuyos pagos se hicieron parcialmente en virtud de lo dispuesto por el Decreto 558 de 2020*.
3. En cumplimiento de esa orden el Gobierno Nacional expidió el Decreto 376 de 2021 del 09 de abril de 2021, *“Por el cual se adiciona el Capítulo*[*5*](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=71472#L.2.P.2.T.3.C.5)*al Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1833 de 2016, a efectos de implementar medidas para realizar el pago de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones por los periodos correspondientes a abril y mayo de 2020, de los que fueron exonerados los empleadores y trabajadores independientes a través del Decreto Legislativo*[*558*](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=92263)*de 2020 y en cumplimiento de lo ordenado en la Sentencia*[*C-258*](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=109428)*de 2020 de la Honorable Corte Constitucional.”.* El primer decreto mencionadoprevió en lo pertinente para resolver lo que aquí corresponde lo siguiente:

***“COTIZACIONES PARCIALES DE LOS MESES DE ABRIL Y MAYO DE 2020***

***Artículo 2.2.3.5.1. Objeto.****El presente Capítulo tiene como objeto adoptar e implementar los mecanismos que sean necesarios para que, en un plazo no superior a 36 meses, contado a partir del 1 de junio de 2021, los empleadores del sector público y privado y los trabajadores dependientes e independientes aporten los montos faltantes de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones correspondientes a los períodos de abril y mayo de 2020, cuyos pagos se hicieron parcialmente en virtud de lo dispuesto en el artículo*[*3*](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=92263#3)*del Decreto Legislativo 558 de 2020, declarado inexequible por la Corte Constitucional.*

***Artículo 2.2.3.5.2. Pago faltante del aporte al Sistema General de Pensiones para los periodos de abril y mayo de 2020.****Los empleadores del sector público y privado, y los trabajadores dependientes e independientes que hayan hecho uso del mecanismo contemplado en el Capítulo*[*I*](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=92263#C.1)*del Decreto Legislativo 558 de 2020, y por ello sólo hayan aportado el 3% de la cotización al Sistema General de Pensiones correspondiente a la comisión de administración y a la cobertura de aseguramiento de invalidez y sobrevivencia, contarán con 36 meses contados a partir del 1 de junio de 2021 para efectuar el aporte de la cotización faltante, sin que haya lugar a la causación de intereses de mora dentro de dicho plazo, tal como lo establece la sentencia*[*C-258*](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=109428)*de 2020, proferida por la Corte Constitucional.*

***Parágrafo 1.****La cotización de que trata el presente artículo deberá efectuarse de la siguiente manera: i) El 75% por el empleador, exclusivamente, y el 25% restante por el trabajador; sin perjuicio de lo anterior, el empleador o el trabajador podrán efectuar la totalidad de pago de la cotización faltante y posteriormente efectuar el cobro al empleador o al trabajador según corresponda. Para el caso de los trabajadores independientes, estos pagarán el 100% del aporte de la cotización al Sistema General de Pensiones faltante.*

***Parágrafo 2.****A partir de la publicación del presente decreto, los empleadores estarán facultados para descontar del salario y/o la liquidación de prestaciones sociales de los trabajadores, el valor correspondiente al 25% de cotización en pensiones de la que trata este artículo. En todo caso los empleadores no deberán solicitar autorización del trabajador para descontar el porcentaje a cargo del trabajador, y deberán informarle de tal descuento de su salario y/o liquidación de prestaciones sociales.*

***Parágrafo 3.****El pago total de los aportes faltantes a las cotizaciones de los meses de abril y mayo de 2020 podrá hacerse en diferentes meses, sin que en ningún caso se supere el plazo de 36 meses establecido en el presente artículo. En todo caso no se aceptarán pagos parciales para ninguno de los dos periodos.*

***Artículo 2.2.3.5.3. Pago faltante del aporte al Sistema Genera/ de Pensiones en Casos Especiales.****Si la empresa empleadora llegare a entrar en liquidación o el empleador se declarase en cesación de pagos, deberán realizar prioritariamente en favor de sus trabajadores, el pago de la cotización faltante al Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 2.2.3.5. del presente decreto.*

*En el evento en que un trabajador se retire o sea retirado de su cargo, la entidad empleadora deberá retener de los salarios o emolumentos pendientes de pago, el valor del aporte correspondiente al 25% a cargo del trabajador con el fin de efectuar la cotización faltante al Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 2.2.3.5.2 del presente decreto.*

*Si el trabajador dependiente se retiró de la empresa, fue despedido o la empresa fue liquidada y por tal razón sólo se efectuó el pago de la cotización a cargo del empleador, las Administradoras de Pensiones deberán acreditar en la historia laboral del afiliado, las semanas correspondientes al 75% de la cotización realizada.*

*En todo caso el trabajador podrá en cualquier momento efectuar el pago del porcentaje faltante, es decir el 25% de la cotización faltante al Sistema General de Pensiones, para lo cual, en caso de efectuar dicho pago después de transcurrido el plazo de 36 meses establecido en el presente decreto aplicará la causación de los intereses de mora contenida en el artículo 2.2.3.5.5 del presente decreto.*

*El trabajador también podrá pagar la totalidad del aporte faltante, caso en el cual podrá repetir contra el empleador directamente o hacerse acreedor en el proceso liquidatario, si a él hubiere lugar.*

***Parágrafo.****Una vez recibido el pago de la cotización faltante al Sistema General de Pensiones, las Administradoras de Pensiones deberán trasladar el porcentaje que corresponda al Fondo de Solidaridad Pensional y al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, si a ello hubiere lugar.*

*(…)*

***Artículo 2.2.3.5.6.****Actualización de la historia laboral. La historia laboral deberá reflejar, en cualquier caso, el 3% de cotización previamente aportado en cumplimiento del Decreto Legislativo*[*558*](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=92263)*de 2020 para la cobertura de aseguramiento de invalidez y sobrevivencia.*

***Para efectos de una prestación de vejez, la historia laboral será actualizada una vez los aportantes paguen la totalidad del valor faltante de la cotización al Sistema General de Pensiones.***

*Una vez efectuado el pago de que trata este Capítulo, la administradora de pensiones correspondiente deberá actualizar el recaudo y la historia laboral del afiliado*.

***Artículo 2.2.3.5.7. Garantía de pensión****. Los afiliados a quienes se les haya reconocido una prestación económica del Sistema General de Pensiones en las condiciones establecidas en el Capítulo*[*I*](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=92263#C.1)*del Decreto Legislativo 558 de 2020, tendrán derecho a continuar disfrutando de dicha prestación.*

*Los afiliados a quienes se les haya efectuado el tres por ciento (3%) de la cotización tendrán derecho a que las A****dministradoras del Sistema General de Pensiones contabilicen a su favor,*** *las semanas correspondientes a los meses de abril y mayo de* *2020, para acreditar el cumplimiento del requisito de semanas con el fin de acceder a las prestaciones de invalidez y sobrevivencia en Colpensiones y la cobertura del seguro previsional en el Régimen de Ahorro Individual, en cualquier momento.*

***Para el caso de las solicitudes de prestaciones económicas relacionadas con el riesgo de vejez que se hayan presentado ante las administradoras de pensiones en cumplimento de lo establecido en el Capítulo***[***I***](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=92263#C.1)***del Decreto Legislativo 558 de 2020 que no hayan sido resueltas, no se podrán contabilizar las ocho (8) semanas de cotización de los periodos correspondientes a abril y mayo de 2020, hasta tanto se efectué el pago faltante del aporte.***

***(….)***

***Artículo 2.2.3.5.10. Obligación especial de los empleadores. El plazo para que los empleadores efectúen el pago de la cotización faltante de aquellos trabajadores que estén a menos de tres años para cumplir la edad de pensión, no deberá exceder de dicha fecha, con el fin de no afectar los derechos de sus trabajadores.***

***En todo caso, las semanas no podrán ser tenidas en cuenta para las prestaciones de vejez, a menos que efectivamente se haya efectuado el aporte faltante”.* (Los resaltados subrayados son de la Sala)**

1. Como se puede concluir de la norma transcrita, especialmente de los apartes resaltados y subrayados, para que puedan ser tenidas en cuenta las cotizaciones correspondientes a los meses de abril y mayo de 2000 en los que por virtud del Decreto Legislativo 558 de 2020, tanto empleadores como trabajadores que se acogieron al mismo solo pagaron el 3% de la cotización al Sistema General de Pensiones, aquellos deben ahora pagar el faltante de esos aportes, so pena de que no puedan tenerse en cuenta esas 8 semanas en el trámite de las pensiones de vejez como aquí ocurre, así como tampoco se pueda corregir la historia laboral hasta tanto eso no suceda.
2. Si se revisa nuevamente la Resolución 13135 del 12 de octubre 2022 efectivamente así se motivó la negativa de la pensión especial de vejez reclamada:

*“Es pertinente indicar que los periodos de* ***abril y/o mayo de 2020*** *no serán tenidos en cuenta en el presente acto administrativo, toda vez que los mismos fueron cotizados sobre el 3% en vigencia del decreto 558 de 2020 el cual fue declarado inconstitucional.* ***En virtud de lo anterior, el empleador se encuentra obligado a realizar el pago del porcentaje restante, de conformidad con el Decreto 376 de 2021, el cual estableció****:*

*“Artículo 2.2.3.5.2. Pago faltante del aporte al Sistema General de Pensiones para los períodos de abril y mayo de 2020. Los empleadores del sector público y privado, y los trabajadores dependientes e independientes que hayan hecho uso del mecanismo contemplado en el Capitulo I del Decreto Legislativo 558 de 2020, y por ello sólo hayan aportado el 3% de la cotización al Sistema General de Pensiones correspondiente a la comisión de administración y a la cobertura de aseguramiento de invalidez y sobrevivencia, contarán con 36 meses contados a partir del 1 de junio de 2021 para efectuar el aporte de la cotización faltante, sin que haya lugar a la causación de intereses de mora dentro de dicho plazo, tal como lo establece la sentencia C-258 de 2020, proferida por la Corte Constitucional.”*

*(….)*

*Que esta Entidad pone de presente a la señora SP, que el Gobierno Nacional a través del Decreto 376 de 9 de abril de 2021 implementó las medidas para realizar el pago de las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones para los periodos de abril y mayo de 2021 de conformidad con la sentencia C-258 de 2020 proferida por la H. Corte Constitucional, a fin de que pueda proceder con el pago de la diferencia del aporte de los meses de abril y mayo de 2020.*

*(…)*

*Que conforme a lo anterior, se le debe indicar a la solicitante, que no cumple con el requisito de semanas cotizadas establecido en la norma, ya que es necesario que acredite 1,300 semanas cotizadas y si bien en su historia laboral cuenta con un total de 1.307 semanas, no se tienen en cuenta las semanas cotizadas por tiempo covid19, por lo que a la fecha cuenta con 1.299 semanas de cotización.* (Resaltados de la Sala).

1. Ahora bien, sobre este aspecto, la parte actora en su impugnación esgrime en su favor que el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 señala que corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes, adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador. Que COLPENSIONES en ningún momento adelantó ninguna acción por el no pago oportuno de los aportes del empleador para cumplir con el pago del 75% del aporte por COVID. Que la Corte Constitucional ha manifestado en su jurisprudencia que en el evento en que el empleador incurra en mora en el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, las consecuencias negativas que se derivan de tal omisión no deben ser asumidas por el trabajador afiliado, quien no tuvo injerencia alguna en la falta de pago de sus cotizaciones, ni en la inactividad de la entidad administradora de pensiones para el cobro de tales aportes. Que, en consecuencia, no es posible dejar de contar como requisito para acceder a una pensión de vejez las cotizaciones que el empleador no efectuó. Que tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia han sostenido que las consecuencias de la mora derivada del empleador no pueden trasladarse a los afiliados al Sistema General de Pensiones y que la validez de las semanas cotizadas no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tenientes a gestionar su cobro.
2. Esta Sala prohíja los argumentos de la impugnante, pues el artículo 24 de la Ley 100 de 1993 establece claramente que corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Y que, para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado prestará mérito ejecutivo.
3. Y ciertamente, la jurisprudencia de la Corte Constitucional antaño ha sido reiterativa en el sentido de que no es posible trasladar al trabajador las consecuencias negativas del incumplimiento de la obligación legal de las cotizaciones del empleador. Suficiente resulta para confirmar el aserto anterior citar la reciente sentencia SU-388 del 3 de noviembre de 2022, vale anotar, proferida con posterioridad al Decreto 376 de 2021, la cual en su parte pertinente resalta:

*12.2. El incumplimiento del deber de cotización efectiva.* ***La Corte ha señalado que la mora del empleador en el pago de los aportes a pensión no puede impedir el reconocimiento de las prestaciones sociales ya que eso implicaría “trasladar al trabajador las consecuencias negativas del incumplimiento de la obligación legal del empleador y de la correlativa negligencia de la entidad encargada de cobrar los aportes”****[[41]](#footnote-41). En estos casos, la responsabilidad recae sobre las entidades administradoras de pensiones pues son estas quienes deben realizar el cobro de estos aportes, por lo que “su falta de diligencia implica que admiten la mora del empleador. Es decir, se allanan a la mora”[[42]](#footnote-42).* ***Por lo anterior, las administradoras de pensiones deben:******(i) contabilizar los tiempos en mora patronal para efectos de los reconocimientos prestacion****ales; y, (ii) asumir las cargas financieras de las prestaciones generadas en favor del afiliado”.* (Subrayados y resaltados fuera del texto original)

1. En esa medida, a juicio de esta Sala de Decisión, la negativa de COLPENSIONES en el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado prevista en inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, por faltarle una (1) semana[[43]](#footnote-43) para completar el mínimo requerido (1.300), con fundamento en que no podía tener en cuenta las semanas de cotización correspondientes a los meses de abril y mayo de 2020, por no haber sido pagado el aporte faltante de las mismas, se constituye en un hecho vulnerador del derecho fundamental a la seguridad social de la señora PS, más aún, cuando a decir verdad, en este caso podría considerarse que todavía no existe la mora señalada, toda vez que el mismo Decreto 376 de 2021 concedió un plazo de 36 meses para hacer el pago del aporte de cotización faltante, contados desde el 1° de junio de 2021, los cuales incluso a esta fecha todavía no se han vencido.
2. Si bien es cierto, la negativa de COLPENSIONES se fundamentó en el Decreto 376 de 2021, en especial, en lo señalado en el inciso tercero de su artículo 2.2.3.5.7*.* titulado *“Garantía de pensión”*  yacitado y transcrito *ut supra*[[44]](#footnote-44), también lo es que en criterio de esta Sala de Decisión esta norma resulta contraria a la Carta Política, en lo que toca a la seguridad social como un derecho de estirpe fundamental y además desconoce la jurisprudencia reiterada de las altas cortes, en cuanto a que la mora en el pago de los aportes pensionales no puede servir de obstáculo para el reconocimiento de las prestaciones sociales a que tienen derecho las personas, como quiera que la entidad de seguridad social cuenta con los mecanismos administrativos y judiciales para logra su cobro.
3. En consecuencia, con fundamento en lo establecido en el artículo 4°[[45]](#footnote-45) de la Constitución Política, el ordenamiento jurídico colombiano consagra la posibilidad de que una autoridad pública o los particulares dejen de aplicar una norma en un caso concreto, cuando adviertan que sus efectos resultan inconstitucionales. Esta opción ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional y constituye un verdadero control de constitucionalidad por vía de excepción.
4. La Corte Constitucional, en la sentencia T-508 de 2015, entre otras muchas, ha señalado que la excepción de inconstitucionalidad procede cuando se cumplen dos condiciones. La primera es que exista una contradicción entre la norma y la Constitución Política que genera efectos inconstitucionales en un caso particular; y la segunda que el precepto no haya sido objeto de un control abstracto de constitucionalidad por parte de ese Tribunal, por los efectos erga omnes del mismo, tal como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional en reiteradas oportunidades:

*“[c]uando no ha mediado una decisión de control abstracto por parte de la Corte respecto de una norma en particular, la excepción de inconstitucionalidad surge como el mecanismo judicial viable para inaplicar ese precepto a un caso particular, en virtud, justamente, de la especificidad de las condiciones de ese preciso asunto. Por el contrario, de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado.”[[46]](#footnote-46)*

1. Es de resaltar que esa misma alta corporación ha utilizado la figura de la excepción de inconstitucionalidad en materia pensional en diferentes oportunidades. Entre ellas, en las sentencias T-550 de 2008 y T-551 de 2010, citadas como ejemplos en la referida sentencia T-508 de 2015.
2. En ese orden de ideas, esta Sala, en aras a proteger el derecho fundamental a la seguridad social de la señora PS que, como se sostuvo fue vulnerado por COLPENSIONES al negarle el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo incapacitado, con fundamento en el artículo 4° de la Carta Política inaplicará por inconstitucional únicamente en el caso concreto el inciso tercero del artículo 2.2.3.5.7.- Garantía de pensión – del que prescribe: *"Para el caso de las solicitudes de prestaciones económicas relacionadas con el riesgo de vejez que se hayan presentado ante las administradoras de pensiones en cumplimento de lo establecido en el Capítulo*[*I*](https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?dt=S&i=92263#C.1)*del Decreto Legislativo 558 de 2020 que no hayan sido resueltas, no se podrán contabilizar las ocho (8) semanas de cotización de los periodos correspondientes a abril y mayo de 2020, hasta tanto se efectúe el pago faltante del aporte”.*
3. Lo anterior bajo el entendido que se cumplen las dos condiciones establecidas por la Corte Constitucional para hacerlo, como quiera que, en primer lugar, produce efectos en el caso concreto contraviniendo el derecho fundamental a la seguridad social de la actora, establecido en la Carta Política; y segundo, consultada la norma en la página web de aquella alta corporación, no se evidencia que haya sido objeto de un control abstracto de constitucionalidad con efectos erga omnes.
4. En virtud de lo anterior, se revocará el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia impugnada. En su lugar, se concederá la tutela del derecho fundamental a la seguridad social y *pago integral de una mesada pensional* de la señora PS.
5. Como consecuencia de tal protección, se dejarán sin efectos las resoluciones administrativas que denegaron el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez a la tutelante[[47]](#footnote-47), y se ordenará al representante legal de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES – o a quien haga sus veces, el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez prevista en el inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a la señora PS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 46.368.146 de Sogamoso, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia.
6. Para el cobro de la parte faltante de la cotización de los meses de abril y mayo del año 2020 correspondiente a la empleadora de la señora PS para esos periodos, COLPENSIONES podrá hacer uso de las acciones de cobro como la faculta el artículo 24 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, y aunque la Resolución 13135 del 12 de octubre de 2022 solamente se refiere en forma explícita al pago faltante por parte del empleador, el porcentaje faltante de la cotización de esos meses a cargo de la actora, si fuera del caso, de no haber sido pagado, podrá ser descontado del retroactivo producto del reconocimiento pensional aquí ordenado o de las respectivas mesadas pensionales.
7. En lo demás se confirmará la sentencia impugnada, pues no observa esta Sala prueba de la vulneración o amenaza de los demás derechos fundamentales invocados.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión Nº 4, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**FALLA:**

**PRIMERO:** **INAPLICAR** por inconstitucional, y **únicamente para el caso en concreto**, el inciso tercero del artículo 2.2.3.5.7.- Garantía de pensión - del Decreto 376 de 2021 del 09 de abril de 2021.

**SEGUNDO REVOCAR** el numeral segundo de la parte resolutiva del fallo proferido el 6 de febrero de 2023 por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sogamoso, a través del cual, no tuteló por improcedente los derechos fundamentales a la seguridad social y al pago integral de una mesada pensional a la señora. En su lugar, se **CONCEDE** la tutela de tales derechos, por las razones expuestas en esta providencia.

**TERCERO: DEJAR SIN EFECTOS** las Resoluciones Nos. SUB 27412 del 2 de febrero de 2022, SUB 218589 del 16 de agosto del 2022 y DPE 13135 del 12 de octubre de 2022, por medio de las cuales la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES –, negó la solicitud pensional a la señora a la señora PS.

**CUARTO: ORDENAR** al representante legal de la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES- o a quien haga sus veces, el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez prevista en inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 a la señora PS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 46.368.146 de Sogamoso, dentro de los quince (15) días siguientes a la notificación de esta sentencia.

**QUINTO:** **COLPENSIONES,** para el cobro de la parte faltante de la cotización de los meses de abril y mayo del año 2020, correspondiente a la empleadora de la señora PS para esos periodos, podrá hacer uso de las acciones de cobro como la faculta el artículo 24 de la Ley 100 de 1993. Así mismo, el porcentaje faltante de la cotización de esos meses a cargo de la actora, si fuere el caso, de no haber sido pagado, podrá ser descontado del retroactivo producto del reconocimiento pensional aquí ordenado o de las respectivas mesadas pensionales.

**SEXTO: CONFIRMAR** el fallo impugnado en lo demás.

**SÉPTIMO: NOTIFICAR** a las partes en la forma más expedita y eficaz, como lo prevé el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. La secretaría de esta Corporación deberá dejar en el expediente constancia de la realización efectiva de la notificación a cada uno de los sujetos procesales.

**OCTAVO:** Por secretaría, **REMITIR** de forma inmediata copia de la presente sentencia al despacho de primera instancia, para su conocimiento y las gestiones que sean de su cargo.

**NOVENO:** Por secretaría y dentro del término legal, envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en la forma establecida en la decisión del 6 de julio de 2020, emitida por la Sala Plena del alto tribunal, y el Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión virtual de la fecha.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Firmado electrónicamente*

**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

**Magistrado**

*Firmado electrónicamente*

**BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS**

**Magistrada**

*Firmado electrónicamente*

**FÉLIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

**Magistrado**

***Constancia:*** *“La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados que integran la Sala de Decisión en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA”.*

1. *Artículo 14 de la Resolución 1999 de 1995. Así mismo, el artículo 24 de la Ley 1437 de 2011 , modificada por la Ley 1755 de 2015, contempló que tendrán carácter reservado las informaciones y documentos que involucren derechos a* ***la privacidad e intimidad de las personas,*** *incluidas en las hojas de vida, la historia laboral y los expedientes pensionales y demás registros de personal que obren en los archivos de las instituciones públicas o privadas, así como* ***la historia clínica****, salvo que sean solicitados por los propios interesados o por sus apoderados con facultad expresa para acceder a esa información. Concordante con los artículos 33 y 192 de la Ley 1098 de 2006, y 7 de la Ley 1581 de 2012, concordante con los criterios de* ***protección de derechos de los menores y de género en el marco de la no re- victimización*** [↑](#footnote-ref-1)
2. *Con la siguiente característica CLLS y EALS* [↑](#footnote-ref-2)
3. *Archivo “001DEMANDA” – SAMAI.* [↑](#footnote-ref-3)
4. *Archivo “004Admitedemanda” –SAMAI*  [↑](#footnote-ref-4)
5. *Archivo “011FalloPrimeraInstancia” – SAMAI.* [↑](#footnote-ref-5)
6. *Archivo “012NotificaFallo” – SAMAI.* [↑](#footnote-ref-6)
7. *Archivo “013ImpugnacionFallo – SAMAI.* [↑](#footnote-ref-7)
8. *Archivo “014ConcedeImpugnacion” -SAMI* [↑](#footnote-ref-8)
9. *Archivo “015Remitetab” - SAMAI,* [↑](#footnote-ref-9)
10. *Archivos 6, 7 y 8 “RespuestaColpensiones202300020”* [↑](#footnote-ref-10)
11. *Ítem 11” – SAMAI (primera instancia).* [↑](#footnote-ref-11)
12. *Archivo “013ImpugnacionFallo”.* [↑](#footnote-ref-12)
13. *Puede verse como ejemplo el análisis que sobre este aspecto se hizo en la sentencia T-314 de 2022 de la Corte Constitucional (Numeral 46).* [↑](#footnote-ref-13)
14. *Ver, al respecto, sentencias T-889 de 2007, T-729 de 2008, T-651 de 2009, T-176 de 2010, T-563 de 2011, T-101 de 2014, T-062 de 2015, T-191 de 2015, T-554 de 2015, T-657 de 2016, T-642 de 2017 y T-029 de 2018.*  [↑](#footnote-ref-14)
15. *Cfr., sentencia T-258 de 2018.*  [↑](#footnote-ref-15)
16. *Parentesco probado con la copia del Registro Civil de Nacimiento de CLLS visto a folio 12 del archivo “002ANEXOS”.* [↑](#footnote-ref-16)
17. *Formulario de Calificación de la Pérdida de Capacidad y Ocupacional de COLPENSIONES de fecha 28 de octubre de 2020, por medio del cual determina una pérdida de capacidad laboral del señor CLLS del 82.68%, con su respectiva constancia de ejecutoria expedido por la entidad el 15 de diciembre de 2020. Folios 6 a 11 archivo “002ANEXOS”* [↑](#footnote-ref-17)
18. *Folios 7 a 10 archivo “002ANEXOS”.* [↑](#footnote-ref-18)
19. *Folio 2 archivo 002ANEXOS” - SAMAI.* [↑](#footnote-ref-19)
20. *A folio 14 del archivo “002ANEXOS”- SAMAI, aparece su Registro Civil de Defunción.* [↑](#footnote-ref-20)
21. *A folios 15 a 18 del archivo “002ANEXOS”- SAMAI se encuentra el informe expedido por Servicios Integrales de Rehabilitación en Boyacá y la hoja de evolución donde se constata que el señor EALS padecía la enfermedad de Distrofia Muscular Duchenne*  [↑](#footnote-ref-21)
22. *Folio 3 archivo “002ANEXOS” - SAMAI.* [↑](#footnote-ref-22)
23. *Fols 21 a 25 del archivo” 007Respuestacolpensiones202300020 (Anexos) - SAMAI* [↑](#footnote-ref-23)
24. *Esta pensión es “especial” porque permite que los beneficiarios accedan a la prestación “sin tener que cumplir con el requisito de edad dispuesto en el régimen ordinario”. Corte Constitucional, sentencia T-458 de 2019.* [↑](#footnote-ref-24)
25. *Corte Constitucional, sentencias T-062 y T-191 de 2015, y C-227 de 2004, entre otras.* [↑](#footnote-ref-25)
26. *Corte Constitucional, sentencia C-227 de 2004 y C-758 de 2014. En similar sentido, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la referida prestación pretende “proveer al padre o madre trabajador(a) con hijos afectados por una situación de invalidez, física o mental, que dependan de ellos, el ingreso que les permita retirarse anticipadamente de la fuerza laboral, a fin de que puedan dedicar su actividad a la atención y cuidado de estas personas colocadas en situación de debilidad manifiesta, para facilitar su rehabilitación y desarrollo dentro del marco de una vida digna”. Sentencias SL12931-2017 y SL17898-2016, entre otras.* [↑](#footnote-ref-26)
27. *Corte Constitucional, sentencia C-758 de 2014.*  [↑](#footnote-ref-27)
28. *Corte Constitucional, sentencias C-227 de 2004, C-989 de 2006**y C-758 de 2014. Ver también, sentencias T-642 de 2017 y T-458 de 2019.*  [↑](#footnote-ref-28)
29. *Corte Constitucional, sentencias T-642 de 2017 y T-070 de 2022.*  [↑](#footnote-ref-29)
30. *Ib.*  [↑](#footnote-ref-30)
31. *Corte Constitucional, sentencias C-227 de 2004 y C-758 de 2014. En sede de tutela, ver: T-079 de 2016, T-037 de 2017, T-280 de 2018, T-458 de 2019 y T-077 de 2020, entre otras. Ver también, Corte Suprema de Justicia, sentencias SL17898-2016, SL5171-2018 y SL319-2019, entre otras.*  [↑](#footnote-ref-31)
32. *Corte Constitucional, sentencia T-077 de 2020. Ver también, Corte Suprema de Justicia, sentencias SL12931-2017, SL2530-2018, SL1790-2018 y SL319-2019.*  [↑](#footnote-ref-32)
33. *Corte Constitucional, sentencia T-077 de 2020.*  [↑](#footnote-ref-33)
34. *Corte Constitucional, sentencia T-272 de 2020.*  [↑](#footnote-ref-34)
35. *Corte Suprema de Justicia, sentencias SL17898-2016, SL5171-2018 y SL319-2019, entre otras.* [↑](#footnote-ref-35)
36. *ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ. <Artículo modificado por el artículo*[*9*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0797_2003.html#9)*de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

    *1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

    *A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para*

    *2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.*

    ***A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.***

    *(…)”* [↑](#footnote-ref-36)
37. *Fols 23 a 35 archivo “002ANEXOS” - SAMAI* [↑](#footnote-ref-37)
38. *Fols. 37 a 43 archivo “002ANEXOS” - SAMAI* [↑](#footnote-ref-38)
39. *Fols. 44 a 59 archivo “002ANEXOS” - SAMAI* [↑](#footnote-ref-39)
40. *Fols 61 a 71 archivo “002ANEXOS” -SAMAI* [↑](#footnote-ref-40)
41. *SU-068 de 2022, retomando las sentencias T-491 de 2020, T-399 de 2016, T-079 de 2016 y T-526 de 2014.* [↑](#footnote-ref-41)
42. *SU-068 de 2022, reiterando las sentencias T-505 de 2019, T-230 de 2018, T-064 de 2018 y T-398 de 2013.* [↑](#footnote-ref-42)
43. *Sostuvo la entidad en la Resolución No 13135 del 12 de octubre de 2022 que si bien en su historia laboral cuenta con un total de 1.307 semanas, no se tienen en cuenta las semanas cotizadas por tiempo covid19, por lo que a la fecha cuenta con 1.299 semanas de cotización.* [↑](#footnote-ref-43)
44. *Numeral 98* [↑](#footnote-ref-44)
45. *ARTICULO 4°. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.* [↑](#footnote-ref-45)
46. *Sentencia T-103 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.* [↑](#footnote-ref-46)
47. Como lo indicó la corte constitucional respecto a la pensión anticipada por hijo en condición de discapacidad en la sentencia T-077 de 2020. [↑](#footnote-ref-47)