El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso.

El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la Secretaría de esta Sala.

Providencia: Sentencia – 2ª instancia – 14 de diciembre de 2017

Proceso:     Acción de Tutela – Subsidiariedad – Improcedente - Confirma

Radicación Nro. : 2017-00666-01

Accionante: Subdirección de Determinación de Derechos: IX de Colpensiones y otro

Vinculado: Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS en Liquidación – PARISS

Magistrado Ponente:  DUBERNEY GRISALES HERRERA

**Temas: PETICIÓN / RECONOCIMIENTO PENSIÓN INVALIDEZ / FECHA DE ESTRUCTURACIÓN / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA / CONCEDE /CONFIRMA -** La CC estableció como fundamentos para la valoración y reconocimiento vía tutela de una pensión de invalidez, los siguientes: (i) La seguridad social; (ii) La protección de las personas que por su condición de salud se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta; (iii) La confianza legítima; y, (iv) La condición más beneficiosa.

Puntualmente, en torno a la confianza legítima, aseveró: “(…) Quien ha reunido la densidad de semanas de cotización para pensionarse por invalidez en vigencia de un régimen, aun cuando no haya perdido aún la capacidad laboral en el grado exigido por la Ley, se forja la expectativa legítima consistente en la posibilidad de pensionarse en caso de que sobrevenga la ocurrencia del riesgo (…). Y a continuación expuso: “(…) una alteración abrupta, desprovista de regímenes de transición, y además desfavorable, constituye una defraudación de la confianza legítimamente contraída en la estabilidad de las instituciones (…)”

La expectativa legítima, entonces, se advierte en la persona que cotice a pensión en vigencia de un régimen que posteriormente se modifique o derogue, sin que el legislador prevea un régimen de transición.

En consonancia con lo anterior, adujo la Corte, en torno al principio de la condición más beneficiosa en pensiones de invalidez, que: “(…) una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a la condición más beneficiosa prevista en normas anteriores a la vigente al estructurarse una pérdida de 50% o más de capacidad laboral, en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, y en que la reforma de esta última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable (…)”.

Se concluyen entonces dos exigencias para la prosperidad del amparo: (i) Que el trabajador haya cotizado a pensión antes de estructurarse la invalidez laboral; y, (ii) Que las cotizaciones se hayan realizado en vigencia del régimen que se requiere aplicar.

(…)

Superado, entonces, el test de procedencia de la acción, es preciso reseñar que para la Sala no cabe duda que el actor reúne el requisito de la pérdida de capacidad laboral superior al 50% (Artículo 39, Ley 860), con fecha de su estructuración del 13-02-2017, según se expuso en el dictamen médico (Folios 5 a 8, cuaderno No.1) y cotizó 413 semanas durante el periodo comprendido entre el 01-03-1980 al 01-02-1988 (Folio 16, ibídem).

Conforme lo expuesto, le asiste razón al accionante al exigir el reconocimiento pensional, toda vez que, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100, inclusive, del Acuerdo 049 de 1990, cumplía con los requisitos del artículo 1º del Decreto 232 de 1984 , vigente para la época en que cotizó a pensión, para acceder a la pensión de invalidez, esto es, 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo con anterioridad a sufrir una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, de tal suerte que sí tenía la expectativa legítima de obtener la pensión bajo ese régimen . Es dable entonces aplicar el principio de la condición más beneficiosa como en reiteradas oportunidades lo ha hecho la CC en asuntos como el presente.

Discrepa la Sala de la postura acogida por el a quo, en el entendido de aplicar cualquier norma antecedente (Acuerdo 049 de 1990), pues dejó de tener presente que solo procede la regente para el momento en que se reunió el requisito de la cotización (Decreto 232 de 1984).



REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

Asunto : Sentencia de tutela en segunda instancia

Accionante : Antonio Buitrago Damelines

Accionados : Subdirección de Determinación de Derechos

: IX de Colpensiones y otro

Vinculado : Patrimonio Autónomo de Remanentes del

: ISS en Liquidación – PARISS

Radicación : 2017-00666-01

Despacho de origen : Juzgado Primero de Familia de Pereira

Temas : Condición más beneficiosa – Invalidez

Magistrado Ponente : Duberney Grisales Herrera

Acta número : 656 de 14-12-2017

Pereira, R., catorce (14) de diciembre de dos mil diecisiete (2017).

1. EL ASUNTO A DECIDIR

La impugnación presentada en el asunto constitucional en referencia, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. LA SÍNTESIS FÁCTICA

Se informó que el accionante tiene 69 años de edad y fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 66,09%, con fecha de estructuración del 13-02-2017; pidió el reconocimiento pensional, pero se negó porque no acreditaba 50 semanas cotizadas en los últimos tres (3) años; recurrió en apelación con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, mas se mantuvo incólume esa decisión. Agregó que su condición de salud le impide trabajar y que sobrevive por la caridad y ayuda de terceros (Folios 33 a 60, cuaderno No.1).

1. LOS DERECHOS INVOCADOS

Se invocan en el escrito petitorio los derechos fundamentales a la seguridad social integral, a la salud, a la vida digna y al mínimo vital (Folio 33, cuaderno No.1).

1. LA PETICIÓN DE PROTECCIÓN

Se pretende que: (i) Se tutelen los derechos fundamentales; (ii) Se ordene a las accionadas aplicar el principio de la condición más beneficiosa desarrollado por la CC y reconocer la pensión de invalidez por haber acreditado más de 300 semanas con anterioridad a la vigencia de la Ley 100; y, (iii) Se disponga la inclusión en nómina de pensionados (Folios 58 y 59, cuaderno No.1).

1. EL RESUMEN DE LA CRÓNICA PROCESAL

Con providencia del 25-10-2017 se admitió y se dispuso notificar a las partes, entre otros ordenamientos (Folio 61, ibídem); el 07-11-2017 se profirió fallo (Folios 82 a 88, ibídem); y, con proveído del 14-11-2017 se concedió la impugnación formulada por la parte actora, ante este Tribunal (Folio 97, ibídem).

En la decisión de primera sede se concedió el amparo constitucional y se dispuso realizar nuevamente el estudio de la solicitud pensional de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 y el Decreto 758 de 1990. Para tomar esa determinación anotó que el principio de la condición más beneficiosa no se restringe a aplicar la norma anterior a la vigente, sino que se extiende a todo el esquema normativo precedente bajo el cual se haya adquirido por el accionante una expectativa legítima (Folios 171 a 176, ib.).

La opugnante manifestó que la acción de tutela carece de subsidiariedad puesto que el actor cuenta con otros medios de defensa judicial idóneos ante la jurisdicción laboral; agregó que el accionante no es una persona de la tercera edad, de manera que es inviable que solicite el reconocimiento y pago de una prestación mediante una acción de tutela. Solicitó declararla improcedente (Folios 92 a 96, ib.).

1. LA FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA PARA RESOLVER
   1. La competencia funcional. Esta Corporación judicial tiene facultad legal para resolver la controversia sometida a su consideración en razón al factor funcional, al ser superiora jerárquica del despacho que tramitó la primera instancia.
   2. El problema jurídico a resolver. ¿Es procedente confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Primero de Familia de Pereira, según la impugnación de la parte actora?
   3. Los presupuestos generales de procedencia
      1. La legitimación en la causa

Se cumple por activa porque el señor Antonio Buitrago Damelines solicitó el reconocimiento pensional (Folios 10 a 14, ib.). En el extremo pasivo la Subdirección de Determinación de IX (A) de Colpensiones, porque fue la autoridad que dictó el acto administrativo que negó petición del actor (Folios 16 a 18, ib.) (Artículo *4.3.3.1.3* del Acuerdo No.108 de 2017) y la Dirección de Prestaciones Económicas de esa entidad, puesto que fue la dependencia encargada de desatar la apelación formulada (Folios 31 y 32, ib.) (Artículo *4.3.1.5* del Acuerdo No.108 de 2017).

El PARISS en liquidación administrado por la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario SA, carece de legitimación puesto que no le compete resolver ese tipo de pedimentos, de tal suerte que se adicionará el fallo opugnado para declarar improcedente el amparo en su contra.

* 1. La inmediatez y la subsidiariedad

El artículo 86 de la CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección inmediata de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública; empero, dispone que este mecanismo *“(…) solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”.*

En ese entendido, nuestra CC estableció que: (i) La subsidiariedad o residualidad, y (ii) La inmediatez, son exigencias generales de procedencia de la acción, condiciones indispensables para el conocimiento de fondo de las solicitudes de protección de derechos fundamentales.

En lo tocante a la inmediatez, se halla cumplida, dado que la acción se interpone doce (12) días después de notificada la resolución que resolvió el recurso (Folios 1 y 30, ib.). No sobra reseñar la doctrina constitucional que enseña: *“(…) en los casos en que se discuten derechos pensionales, (…) la inmediatez no puede ser entendida como un requisito de procedibilidad severo, ya que la vulneración de ese derecho subsiste en el tiempo por ser un derecho irrenunciable que no prescribe, por lo que es irrelevante el tiempo transcurrido entre la actuación que vulnera el derecho y el momento en el que se interpone la acción”[[1]](#footnote-1).*

Ahora, respecto a la residualidad se tiene dicho que existen al menos dos excepciones a esa regla general[[2]](#footnote-2): (i) Cuando la persona afectada no tiene un mecanismo distinto y eficaz a la acción de tutela para defender sus derechos porque no está legitimada para impugnar los actos administrativos que los vulneran[[3]](#footnote-3) o porque la cuestión debatida es eminentemente constitucional[[4]](#footnote-4), y (ii) cuando se trata de evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable cuando se la quiera usar como mecanismo transitorio (Artículo 86 CP)[[5]](#footnote-5).

En tratándose de una acción de tutela para el reconocimiento de pensión de invalidez la CC ha determinado jurisprudencialmente que el estudio de la procedibilidad del recurso de amparo debe ser más flexible[[6]](#footnote-6): *“(…) cuando el actor es un sujeto de especial protección, o cuando se encuentra en una situación de debilidad manifiesta (…) le debe ofrecer un tratamiento diferencial positivo y analizar los requisitos de subsidiariedad e inmediatez desde una óptica menos estricta, pues en estos casos el actor no puede soportar las cargas y los tiempos procesales que le imponen los medios ordinarios de defensa judicial de la misma manera que el resto de la sociedad (…)”.* (Sublínea de la Sala).

* 1. La afectación del mínimo vital como perjuicio irremediable

La jurisprudencia constitucional da cuenta que la naturaleza de la acción de tutela, impide reclamaciones relacionadas con el reconocimiento de pensiones, puesto que la competencia prevalente para ese tipo de conflictos es la jurisdicción ordinaria laboral. Sin embargo, de manera excepcional, ha señalado, que en algunos casos muy específicos cuando se reclama pensión de vejez, sobrevivientes o invalidez, se ha verificado que se reúnen unas condiciones especiales que hacen viable esa tutela excepcional de los derechos fundamentales.

En diferentes pronunciamientos, nuestro alto Tribunal Constitucional[[7]](#footnote-7)-[[8]](#footnote-8) ha estudiado casos en los que los petentes han acudido a la acción de tutela en busca del reconocimiento de una pensión de invalidez, que les ha sido negado por la respectiva entidad; y ha concluido que acudir al agotamiento del proceso ordinario, implica un detrimento de los derechos fundamentales de los actores, por cuanto no cuentan con los elementos para cubrir sus necesidades en condiciones dignas.

Expresamente esa doctrina constitucional[[9]](#footnote-9), cita: *“(…) el proceso ordinario laboral, debido a su*

*duración y a los costos económicos que implica, no resulta idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas que, como el actor, han sido calificadas como inválidas y a quienes les ha sido negada su pensión de invalidez, ya que sus condiciones y la ausencia de la prestación referida implican, de entrada, una afectación a la salud y al mínimo vital del peticionario (…)”.*

* 1. La pensión de invalidez - condición más beneficiosa

La CC[[10]](#footnote-10) estableció como fundamentos para la valoración y reconocimiento vía tutela de una pensión de invalidez, los siguientes: (i) La seguridad social; (ii) La protección de las personas que por su condición de salud se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta; (iii) La confianza legítima; y, (iv) La condición más beneficiosa.

Puntualmente, en torno a la confianza legítima, aseveró: *“(…) Quien ha reunido la densidad de semanas de cotización para pensionarse por invalidez en vigencia de un régimen, aun cuando no haya perdido aún la capacidad laboral en el grado exigido por la Ley, se forja la expectativa legítima consistente en la posibilidad de pensionarse en caso de que sobrevenga la ocurrencia del riesgo (…).* Y a continuación expuso: *“(…) una alteración abrupta, desprovista de regímenes de transición, y además desfavorable, constituye una defraudación de la confianza legítimamente contraída en la estabilidad de las instituciones (…)”*

La expectativa legítima, entonces, se advierte en la persona que cotice a pensión en vigencia de un régimen que posteriormente se modifique o derogue, sin que el legislador prevea un régimen de transición.

En consonancia con lo anterior, adujo la Corte, en torno al principio de la condición más beneficiosa en pensiones de invalidez, que: *“(…) una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a la condición más beneficiosa prevista en normas anteriores a la vigente al estructurarse una pérdida de 50% o más de capacidad laboral, en la medida en que la persona se haya forjado una expectativa legítima en vigencia de la normatividad anterior, y en que la reforma de esta última no se haya acompañado de un régimen de transición constitucionalmente aceptable (…)”.*

Se concluyen entonces dos exigencias para la prosperidad del amparo: (i) Que el trabajador haya cotizado a pensión antes de estructurarse la invalidez laboral; y, (ii) Que las cotizaciones se hayan realizado en vigencia del régimen que se requiere aplicar.

1. EL CASO CONCRETO MATERIA DE ANÁLISIS

Partiendo de las premisas jurídicas anotadas, advierte esta Sala que debe confirmar la sentencia de primer grado, pues, a diferencia de lo expuesto por la opugnante, se considera que en el caso objeto de estudio sí se satisfacen los requisitos de procedibilidad para solicitar una pensión de invalidez en sede de tutela.

(i) El accionante tienen una pérdida de capacidad laboral del 66,09% (Folio 8, ibídem); (ii) es de escasos recursos, carece de ingresos para subsistir y vive de la caridad (Folio 35, este cuaderno); los $150.000 bimensuales que recibe y los esporádicos giros que una de sus sobrinas le realiza, son insuficientes como para considerar que pueda proveerse el sostenimiento mínimo necesario; claramente la imposibilidad física que tiene para laborar aunada a la ausencia de bienes e ingresos, representa un obstáculo para disfrutar del derecho a una vida digna y al mínimo vital.

A lo anterior debe sumarse que las circunstancias que rodean las condiciones económicas del actor no fueron rebatidas por la entidad accionada en ninguna de las sedes constitucionales transitadas[[11]](#footnote-11), y que la acción se interpone una vez notificada la resolución que resuelve la petición pensional, dada la inminente necesidad de su reconocimiento, por las mismas circunstancias ya explicadas.

Además, se considera que la vía ordinaria para procurar el reconocimiento de la pensión, bastante congestionada en este distrito, que probablemente se extienda a dos instancias bien por la apelación o consulta de la decisión, se torna inidónea para salvaguardar con eficacia sus derechos constitucionales.

Superado, entonces, el test de procedencia de la acción, es preciso reseñar que para la Sala no cabe duda que el actor reúne el requisito de la pérdida de capacidad laboral superior al 50% (Artículo 39, Ley 860), con fecha de su estructuración del 13-02-2017, según se expuso en el dictamen médico (Folios 5 a 8, cuaderno No.1) y cotizó 413 semanas durante el periodo comprendido entre el 01-03-1980 al 01-02-1988 (Folio 16, ibídem).

Conforme lo expuesto, le asiste razón al accionante al exigir el reconocimiento pensional, toda vez que, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100, inclusive, del Acuerdo 049 de 1990, cumplía con los requisitos del artículo 1º del Decreto 232 de 1984[[12]](#footnote-12), vigente para la época en que cotizó a pensión, para acceder a la pensión de invalidez, esto es, 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo con anterioridad a sufrir una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, de tal suerte que sí tenía la expectativa legítima de obtener la pensión bajo ese régimen[[13]](#footnote-13). Es dable entonces aplicar el principio de la condición más beneficiosa como en reiteradas oportunidades lo ha hecho la CC[[14]](#footnote-14) en asuntos como el presente.

Discrepa la Sala de la postura acogida por el *a quo,* en el entendido de aplicar cualquier norma antecedente (Acuerdo 049 de 1990), pues dejó de tener presente que solo procede la regente para el momento en que se reunió el requisito de la cotización (Decreto 232 de 1984).

Así las cosas, se confirmará la sentencia venida en impugnación, sin necesidad de ajuste de ninguna índole, toda vez que los preceptos legales aludidos en esta providencia, en esencia coinciden en los requisitos.

1. LAS CONCLUSIONES

En armonía con lo afirmado, (i) Se confirmará la sentencia opugnada; y, (ii) Se adicionará un numeral para declarar improcedente la acción de tutela frente al PARISS en liquidación, según lo expuesto en precedencia.

En mérito de lo razonado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala de Decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A,

1. CONFIRMAR el fallo dictado el 07-11-2017 por el Juzgado Primero de Familia de Pereira.
2. ADICIONAR un numeral para DECLARAR IMPROCEDENTE el amparo constitucional frente al PARISS en liquidación, por carecer de legitimación por pasiva.
3. NOTIFICAR esta decisión a todas las partes, por el medio más expedito y eficaz.
4. REMITIR este expediente, a la CC para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE,

*DUBERNEY GRISALES HERRERA*

*M A G I S T R A D O*

*EDDER JIMMY SÁNCHEZ C. JAIME ALBERTO SARAZA N.*

*M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O*

1. CC. T-217 de 2013, reiterada en la sentencia T-021 de 2016. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. T-600 de 2002, reiterada en la T-572 de 2015. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-046 de 1995. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997 y SU-133 de 1998. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-225 de 1993: según esta sentencia el perjuicio irremediable se caracteriza i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. SU-442 de 2016. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-194 del 2016. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-721 del 2016. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. T-376 de 2011, reiterada en las T-716 de 2015 y T-721 de 2016. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. SU-442 de 2016. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. T-683 de 2003, [T-678 de 2015](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/tutelas/corte%20constitucional/15/T0678de15.htm) y [T-719 de 2015](http://www.lexbase.biz/lexbase/jurisprudencia/tutelas/corte%20constitucional/15/T0719de15.htm), entre otras. [↑](#footnote-ref-11)
12. *“(…) El artículo 59 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por Decreto 3041 del mismo año quedará así: Tendrán derecho a pensión por invalidez los asegurados que reúnan las siguientes- condiciones: a) Ser inválido permanente conforme a lo preceptuado en el artículo 62 del Decreto-ley 433 de 1971. b) Tener acreditadas 150 semanas de cotización- para los riesgos de invalidez, vejez y muerte I. V. M., dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez o 300 semanas de cotización en cualquier época (…)”* [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-208 de 2014. En esta providencia la Corte analizó un caso similar al presente. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-002A de 2017, T-194 de 2016 y T-295 de 2015, entre muchas otras. En estas providencias se enseña la regla jurisprudencial de aplicar la condición más beneficiosa a *“(…) aquellas personas que demuestren una cotización de 300 semanas o más al fondo de pensiones, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a la pensión de invalidez, aunque la fecha de estructuración de su enfermedad haya ocurrido con posterioridad (…)”* [↑](#footnote-ref-14)