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 – 6 de marzo de 2018

Proceso: Acción de Tutela – Revoca niega

Radicación Nro. : 66001-31-03-004-2017-00425-01

Accionante: MGS

Accionado: COLPENSIONES

Magistrado Ponente: JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

**Temas: PENSIÓN DE INVALIDEZ / LA FECHA DE ESTRUCTURACIÓN ES LA INDICADA EN LA CALIFICACIÓN Y NO CUANDO CESÓ APORTES / REVOCA/ NIEGA.** Mas, la situación de la señora MGS es diversa, en cuanto dejó de cotizar varios años antes de la calificación y, por tanto, la densidad de semanas exigida en cualquiera de las normas fue incumplida. Pero aún si lo que se quisiera hacer ver es que, como fecha de estructuración debe tomarse en cualquier evento, la de la última cotización, con independencia de lo que señale la Junta de Calificación, tendría que acreditarse que la época de la fijación de esa época coincide con aquella en la que, efectivamente, la persona perdió su fuerza de trabajo Sin embargo, para este asunto, nada se sabe sobre la salud de la accionante más que lo consignado en la calificación de invalidez, es decir, que el indicio más confiable y próximo al debate es el dictamen del 3 de mayo de 2017, que estableció como fecha de estructuración de las patologías de la accionante el 9 de marzo de 2017, sin que nada pueda llevar a concluir que la accionante adquirió su condición de inválida justo el 31 de diciembre de 2011, día en que cesó sus aportes al sistema. De este recuento salta a la vista que la nutrida jurisprudencia es inaplicable al caso de la accionante, pues resulta indiscutible que las cotizaciones reportadas, no se produjeron en el lapso durante el cual estuvo vigente la norma con la cual pretende se validen y esto, de entrada, desvanece sus intenciones.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, marzo seis de dos mil diecisiete

Expedientes: 66001-31-03-004-2017-00425-01 Acta N° 63 de marzo 6 de 2017

 Procede la Sala a decidir la impugnación propuesta por la parte accionada contra la sentencia del 11 de diciembre del año 2017, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito local, en esta acción de tutela que **MGS,** promovió contra **COLPENSIONES**.

 **ANTECEDENTES**

 Acudió la demandante por intermedio de apoderado judicial, en procura de la protección de sus derechos fundamentales *“al mínimo vital, la igualdad, la seguridad social y a la dignidad humana”*, que estima lesionados por la parte accionada.

 Expuso, en resumen, que padece problemas de salud por causa de los cuales inició un proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral ante Colpensiones, fue valorada el 3 de mayo de 2017 con fecha de estructuración del 9 de marzo de 2017 y se determinó un porcentaje del 58,96% de pérdida de capacidad laboral, motivo por el cual elevó solicitud de pensión de invalidez la que fue negada mediante la resolución SUB 105821 del 23 de junio de 2017, toda vez que no acreditó cotizaciones durante el periodo comprendido entre el 9 de marzo de 2014 y la misma fecha del 2017; sin embargo, cuenta con un total de 420 semanas cotizadas y su último aporte data del 31 de diciembre de 2011, de manera que es injusto que se le resuelva desfavorablemente, ya que las cotizaciones fueron inferiores a 50 semanas durante los últimos 3 años, sí reúne en total un número mucho mayor.

 Explica que el 26 de septiembre de 2017 presentó una solicitud de revocatoria directa contra el acto que negó la solicitud pensional pidiendo que se tuviera como fecha de estructuración el 31 de diciembre de 2011, calenda en la que dejó de cotizar, y la respuesta fue negativa.

 Finalmente, se hizo alusión a que la señora MGS atraviesa particulares dificultades, ya que cuenta con 71 años de edad, es inválida y su situación económica es precaria.

 Pidió el amparo de los derechos invocados, y como consecuencia de ello, que se ordene a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

 El Juzgado de primer grado admitió el libelo y dispuso correr traslado al Gerente Nacional de Reconocimiento, a la Gerente Nacional de Medicina Laboral, a la Subdirección de Determinaciones IX, todos de Colpensiones, así como a Asalud Medicina Laboral y al doctor Leonardo López Hurtado.

 Intervino el Director de Acciones Constitucionales de la entidad accionada, para recordar el carácter subsidiario de la acción de tutela y señalar que el caso debe dirimirse ante la jurisdicción ordinaria laboral; agregó que contra el dictamen de pérdida de capacidad laboral ningún recurso se presentó.

 Sobrevino el fallo de primer grado que concedió el amparo elevado y le ordenó al Gerente Nacional de Reconocimiento y a la Subdirectora de Determinaciones IX de Colpensiones, que conjuntamente, y dentro de los 15 día siguientes a la notificación de la sentencia, procedieran a dejar sin efecto los actos administrativos que negaron el reconocimiento de la pensión de invalidez a la accionante y en consecuencia emitieran un nuevo acto administrativo en el que se reconociera la pensión reclamada. Para así decidir, dio cuenta de la procedencia de la acción de tutela en esta clase de asuntos atendiendo la condición de sujeto de especial protección de la actora, por razones de salud y pobreza; trajo a colación la normativa referente al caso analizado y las exigencias jurisprudenciales para acceder a una prestación como la pedida, las que encontró allanadas en cabeza de la demandante: pérdida de la capacidad laboral, precariedad económica y aplicación del principio de condición más beneficiosa.

 Impugnó la parte demandada con apoyo en los mismos lineamientos trazados a lo largo del presente trámite, además de que aludió a la inoperancia del principio de la condición más beneficiosa para este caso.

**CONSIDERACIONES**

 La Constitución de 1991 instituyó la acción de tutela como un mecanismo breve y sumario mediante el cual toda persona puede conseguir de un juez la protección de sus derechos fundamentales, siempre que ellos estén siendo vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de una autoridad, o de un particular en determinados casos.

 En el caso concreto, MGS, quien actúa por intermedio de representante judicial, dirigió su reclamo contra la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, con el fin de que se resolviera favorablemente su petición de reconocimiento y pago de pensión de invalidez, desechada por no acreditar las semanas cotizadas para el efecto.

 Se recuerda que si bien la tutela se constituye en un instrumento residual o subsidiario que solo tiene cabida cuando el afectado no disponga de otros mecanismos idóneos de defensa judicial, y ha hecho carrera que para el reclamo de una determinada prestación laboral se debe acudir a las vías ordinarias, esto es, ante los jueces de esa especialidad (ordinarios o contenciosos administrativos, según sea el caso), también lo es que, frente a sujetos de especial protección, como lo es, sin duda, una persona calificada con grado de invalidez que, por tanto, requiere de una reforzada protección constitucional, este sendero se torna como el apropiado para la defensa de sus intereses, sin que de por medio, sea perentorio agotar otra clase de recursos.

Esclarecido lo cual, es deber analizar si, como se dijo en primera instancia, en virtud de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, existe una normativa bajo la cual la accionante cumple los requisitos suficientes para generar una expectativa legítima que le permita acceder a la prestación pensional que depreca, o se le da la razón a la impugnante que aduce que en el evento de ahora tal beneficio es inexistente.

Pues bien, son varias las normas que han regulado la pensión de invalidez, entre ellas, y sin mencionar otras más vetustas que no vienen al caso, están el decreto 758 de 1990, la ley 100 de 1993 y la ley 860 de 2003. La primera que exigía condición de invalidez y 150 semanas en los 6 años anteriores a la pérdida de capacidad laboral o 300 semanas en cualquier tiempo; la segunda, demandaba el estado de invalidez y 26 semanas de cotización para quien se encontrara cotizando, o 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración, para quien hubiese dejado de hacerlo; y la última, vigente hoy, que exige constitución de la invalidez y 50 semanas en los 3 años anteriores a la misma[[1]](#footnote-1).

Adicionalmente se ha decantado que, cuando se trata del análisis de una pensión de invalidez, se debe estudiar la posibilidad de aplicar una legislación que, aunque derogada, estuvo vigente para el momento en el cual el cotizante reunió los requisitos establecidos en aquella para acceder a la prestación pensional, ello para salvaguardar la expectativa legítima que se forjó durante su historia laboral; para el análisis respectivo, recuérdese lo explicado por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-422 de 2016:

*“La condición más beneficiosa*. **Una vez una persona contrae una expectativa legítima en vigencia de un esquema normativo alcanza entonces un derecho a que le sea protegida.** Este derecho es además de raigambre constitucional, y por serlo ampara a la persona frente a una pérdida de su fuerza de trabajo o capacidad laboral. En tal virtud, le es aplicable la protección específica de la Constitución, según la cual “[l]a ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores” (CP art 53).[91] **Es decir, que si bien la ley puede entonces modificar los requisitos de acceso a la pensión de invalidez, le está vedado anular el derecho constitucional de toda persona a que se protejan sus expectativas legítimamente forjadas**. En consecuencia, la ley en primer lugar ha de contemplar regímenes de transición, para quienes si bien no tienen derechos adquiridos, cuentan más que con meras expectativas de derechos, pues han cumplido buena parte de los requisitos para acceder a la prestación pensional. El legislador tiene un amplio margen competencial para definir los términos del régimen de transición, pero si no establece ninguno es entonces preciso garantizar la supremacía constitucional a fin de impedir una frustración injustificada de la confianza legítima. Por ende, ante la ausencia de un régimen de transición, se justifica mantener las condiciones más beneficiosas del esquema normativo derogado, bajo el amparo del cual la persona creó legítimamente una expectativa de pensión.”

 (…)

 “En conclusión, un fondo administrador de pensiones vulnera el derecho fundamental de una persona a la aplicación de la condición más beneficiosa en materia de seguridad social, cuando le niega el reconocimiento de la pensión de invalidez que reclama por no cumplir con los requisitos previstos en la norma vigente al momento de la estructuración del riesgo (Ley 860 de 2003), ni los contemplados en la normatividad inmediatamente anterior (Ley 100 de 1993 -versión inicial-), **pese a haber reunido ampliamente las condiciones consagradas para obtener tal pensión en vigencia de un esquema normativo más antiguo que el inmediatamente anterior** (Decreto 758 de 1990)”. (Resalta la Sala)

 A la luz de lo citado y descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que la situación no encaja en ninguna de las normativas reseñadas. Para establecerlo, se recuerda que la accionante empezó a cotizarle al sistema en septiembre de 2003 y lo hizo hasta mes de diciembre de 2011 (f. 14-16, c. 1); fue calificada con un 58.96% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración del 9 de marzo de 2017 (f. 13 v, c. 1); y durante su historia laboral acumuló 420 semanas (f. 14, c. 1).

 Analizada la cuestión, bajo el amparo de las tres normas citadas se halla lo siguiente:

 Teniendo en cuenta que su estado de invalidez fue estructurado para el 9 de marzo de 2017, según el dictamen presentado, se anticipa que fue equivocado aplicar a este asunto lo reglado por el Decreto 758 de 1990, habida cuenta de que la accionante nunca cotizó durante su vigencia y menos adquirió su condición de inválida en ese tiempo, ya que sus aportes datan de septiembre de 2003. Esa regulación, no se olvide, fue derogada desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, es decir desde el 1 de abril de 1994, lo que impone que, para su aplicación favorable al trabajador, este tendría que haber cotizado al menos 300 semanas antes de esa fecha, lo que, es evidente, no pudo ocurrir.

 En el caso del original artículo 39 de la Ley 100 de 1993, se exigían 26 semanas cotizadas al momento de la estructuración, y si se había dejado de cotizar, las mismas 26 semanas en el año inmediatamente anterior a esa fecha. Requisitos que también se echan de menos, porque, se reitera, para la fecha de aparición del estado de invalidez de la demandante, según el dictamen que careció de controversia, ya llevaba la demandante al menos cinco años y cuatro meses sin cubrir ningún aporte.

 Y si a la ley 860 de 2003 nos atenemos, la cuestión es similar, por cuanto esta norma exige haber cotizado al menos 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, lo que tampoco acontece, dado que, se repite, ella dejó de cotizar al sistema en el año 2003.

 Aunque la accionante trajo a colación una sentencia de la Corte Constitucional[[2]](#footnote-2) en la que, por las particulares condiciones de aquel caso, se tuvo como fecha de estructuración de la invalidez del accionante, el día en que realizó su último aporte al sistema, no se acopla al caso que acá se estudia, porque en esa providencia el alto tribunal halló pertinente trasladar la fecha de estructuración de la invalidez desde la dictada en la calificación, hasta otra posterior en la que presumiblemente el actor efectivamente perdió su fuerza de trabajo; y en ese caso obraban en el expediente suficientes indicios que permitieron deducir que si bien la invalidez se consolidó en octubre de 2010, en realidad el accionante perdió su fuerza de trabajo en julio de 2011, dado que (i) solo hasta esa última fecha dejó de cotizar y (ii) presentó una serie de incapacidades en las que se evidenciaba que progresivamente él fue perdiendo su capacidad laboral. Esto para concluir que las cotizaciones posteriores a la aludida fecha tienen que ser tenidas en cuenta para definir el derecho a la prestación.

 Mas, la situación de la señora MGS es diversa, en cuanto dejó de cotizar varios años antes de la calificación y, por tanto, la densidad de semanas exigida en cualquiera de las normas fue incumplida. Pero aún si lo que se quisiera hacer ver es que, como fecha de estructuración debe tomarse en cualquier evento, la de la última cotización, con independencia de lo que señale la Junta de Calificación, tendría que acreditarse que la época de la fijación de esa época coincide con aquella en la que, efectivamente, la persona perdió su fuerza de trabajo Sin embargo, para este asunto, nada se sabe sobre la salud de la accionante más que lo consignado en la calificación de invalidez, es decir, que el indicio más confiable y próximo al debate es el dictamen del 3 de mayo de 2017, que estableció como fecha de estructuración de las patologías de la accionante el 9 de marzo de 2017, sin que nada pueda llevar a concluir que la accionante adquirió su condición de inválida justo el 31 de diciembre de 2011, día en que cesó sus aportes al sistema.

 De este recuento salta a la vista que la nutrida jurisprudencia es inaplicable al caso de la accionante, pues resulta indiscutible que las cotizaciones reportadas, no se produjeron en el lapso durante el cual estuvo vigente la norma con la cual pretende se validen y esto, de entrada, desvanece sus intenciones.

 Por tanto, como consecuencia del análisis que antecede, el amparo debe ser negado. En consecuencia, se revocará el fallo de primer grado.

**DECISIÓN**

 Por lo expuesto, 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, **REVOCA** la sentencia dictada por el  Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pereira, el 11 de diciembre de 2017, en esta acción de tutela promovida por **MGS** contra la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**.

En su lugar, se **NIEGA** el amparo solicitado.

 Notifíquese esta decisión a las partes y demás interesados, en la forma prevista en el artículo 5º del Decreto 306 de 1992; oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión. A su regreso, archívese.

Los Magistrados,

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS DUBERNEY GRISALES HERRERA**

1. Así se explica en la SU-442/16 [↑](#footnote-ref-1)
2. Corte Constitucional, Sentencia T-143 de 2003 [↑](#footnote-ref-2)