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.

Tipo de proceso : Acción de tutela

Demandante : Pedro José Marín Marín

Demandado : Colpensiones

Procedencia : Juzgado Tercero de Familia de Pereira

Radicación : 66001-31-10-003-2018-00565-01

Mag. Sustanciador : Jaime Alberto Saraza Naranjo

**TEMAS: SEGURIDAD SOCIAL / PENSIÓN DE INVALIDEZ / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS LABORALES / CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA.**

Los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela han sido, en general, la subsidiariedad y la inmediatez. El primero guarda relación con el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que establece que ella es improcedente si se cuenta con otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; sin embargo ha sido aclarado por la jurisprudencia que en ciertos casos, particularmente cuando se trate de sujetos de especial protección, puede recurrirse directamente a la vía constitucional, en garantía de sus derechos fundamentales. También se ha hecho énfasis en que, por regla general, este amparo es improcedente para el reconocimiento de derechos de raigambre laboral, a menos que se den unas condiciones fijadas por Corte Constitucional…

… es claro que los lineamientos jurisprudenciales para la procedibilidad del amparo se cumplen, si se tiene en cuenta que el accionante se reporta como una persona de especial protección constitucional, dada su condición de invalidez, si bien la pérdida de su capacidad laboral es del 54.53% (f. 9v, c. 1); además, lo que alega, precisamente, es la afectación de su derecho fundamental y el de su familia al mínimo vital, cuando reiteradamente manifiesta que el sostenimiento económico de su hogar depende de la subvención que aquí reclama, para lo cual aporta documentos y declaraciones que apoyan esas afirmaciones (f. 34 a 36), que no fueron contrariados por la demandada; en adición, ha intentado infructuosamente obtener la prestación deprecada y debido a sus particulares condiciones de salud, el proceso judicial no resulta idóneo para la efectiva protección de sus derechos. (…)

… Colpensiones, en los actos administrativos que negaron la prestación, solo tuvo en cuenta esta última normativa, no obstante, lo que deja ver la historia laboral del accionante es que cotizó 297 semanas entre el año 1992 hasta el mes de junio del año 2006; de las cuales 33.28 fueron recaudadas desde el mes de marzo de 1994 hasta octubre del año 2001.

Con ello, para que quede dicho desde ya, se forjó una legítima expectativa pensional durante la vigencia del artículo 39 de la ley 100, antes de que fuera modificado por el artículo 1° de la ley 860 de 2003, régimen inmediatamente posterior al que ahora invoca para beneficiarse. Y así es, porque al momento de producirse el estado de invalidez, esto es el 16 de junio del año 2016, es decir su fecha de estructuración, se encontraba cotizando al régimen y ya contaba con la densidad de semanas requeridas en el artículo 39 de la ley 100 en su versión original, es decir más de 26.

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

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Pereira, noviembre veintiuno de dos mil dieciocho

Expedientes: 66001-31-10-003-2018-00565-01

Acta N°

 Procede la Sala a decidir la impugnación propuesta por el demandante contra la sentencia del 5 de octubre último, proferida por el Juzgado Tercero de Familia local, en esta acción de tutela que **Pedro José Marín Marín** promovió frente a **COLPENSIONES**.

 **ANTECEDENTES**

 Por conducto de apoderado judicial, acudió el demandante, en procura de la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, dignidad humana, igualdad y seguridad social, que estima lesionados por la entidad.

 Narró, en síntesis, que nació el 18 de octubre de 1958, que desde hace algún tiempo viene padeciendo severos problemas de salud consistentes en *“ENFERMEDAD POR VIRUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH), GONARTROSIS, HIPOTIROIDISMO, LUMBAGO CON CIÁTICA, TRASTORNO DE DISCO LUMBAR CON RADICULOPATÍA, TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN Y VISIÓN SUBNORMAL EN AMBOS OJOS”* (mayúsculas en texto original)

 El 7 de febrero del año que avanza fue calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 54.53%, debido a una enfermedad de origen común, estructurada el 16 de junio del año 2016.

 Con ese dictamen acudió ante Colpensiones para solicitar el reconocimiento y pago de la subvención por invalidez, empero, fue negada en doble instancia por la autoridad administrativa, por no cumplir con los requisitos exigidos por la ley 860 de 2003.

 Agregó que realizó cotizaciones desde el 22 de julio de 1992 hasta el 31 de diciembre del año 2016 y acumuló un total de 324,86 semanas; al momento de la fecha de estructuración se encontraba como activo cotizante; acorde con lo cual es claro que no cumple con los requisitos establecidos en la ley 860 de 2003, pero sí con los exigidos en la ley 100 de 1993 en su versión original, como también con los establecidos en el acuerdo 049 de 1990.

 Por ello concluyó que en desarrollo de los principios de favorabilidad y condición más beneficiosa, debe darse aplicación a estas últimas normativas.

 Finalmente indicó que es el encargado de velar por el bienestar de su familia, conformada por su compañera permanente y sus tres hijos menores de edad, en tanto que la pensión reclamada es la única fuente de ingresos de su hogar; además, que en la actualidad atraviesa difíciles situaciones económicas, como que desde hace 4 meses no cancela el canon de arrendamiento.

 Pidió el amparo de los derechos invocados con la orden a Colpensiones de reconocer la pensión de invalidez en su favor con fundamento en el artículo 39 de la ley 10 de 1993, en su versión original o con fundamento en el artículo 6° del acuerdo 049 de 1990; también que se le ordene a la encartada el pago del retroactivo, a partir de su fecha de estructuración.

 El Juzgado de primer grado dio trámite a la acción y notificó de lo pertinente a la Subdirección de Determinaciones IV, a la Dirección de Prestaciones Económicas de Colpensiones, a la Gerencia de Determinación de Derechos, a la Vicepresidencia de Operaciones del Régimen de Prima Media, a la Gerencia de Defensa Judicial, a la Dirección de Procesos Judiciales y a la Dirección de Acciones Constitucionales, todas dependencias de Colpensiones.

 Intervino el Gerente de Defensa Judicial de la entidad accionada para aludir al carácter subsidiario de la acción de tutela; solicitó desestimar las pretensiones de esta demanda y declarar la improcedencia del amparo.

 Sobrevino el fallo de primer grado que coincidió en la improcedencia alegada por la demandada; la providencia se fundó, en esencia, en la debida motivación de los actos administrativos que negaron la prestación y en la falta de acreditación de un perjuicio irremediable. Además que “*si como lo dice el mismo accionante, no puede acceder a la pensión de invalidez, por no cumplir con los requisitos exigidos en la ley para el momento de estructuración de la invalidez, debiéndose aplicar un régimen anterior, dicho debate se tiene que analizar mediante un proceso ordinario laboral y no por medio de éste trámite de tutela”* (sic) (f. 73, c.1)

 Impugnó el demandante, quien insistió en que no posee recursos económicos ni físicos para su sostenimiento y el de su familia. Hizo hincapié en que en casos similares la Corte Constitucional ha aplicado el principio de condición más beneficiosa.

**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 este asunto, Pedro José Marín Marín dirigió su reclamo contra la Administradora Colombiana de Pensiones, con el fin de que se resuelva favorablemente su petición de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, desechada por cuanto no cuenta con los requisitos establecidos en el artículo 1° de la ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la ley 100.

 El Juzgado de instancia, se dijo, despachó desfavorablemente el amparo, al considerarlo improcedente.

 Los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela han sido, en general, la subsidiariedad y la inmediatez. El primero guarda relación con el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, que establece que ella es improcedente si se cuenta con otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; sin embargo ha sido aclarado por la jurisprudencia que en ciertos casos, particularmente cuando se trate de sujetos de especial protección, puede recurrirse directamente a la vía constitucional, en garantía de sus derechos fundamentales. También se ha hecho énfasis en que, por regla general, este amparo es improcedente para el reconocimiento de derechos de raigambre laboral, a menos que se den unas condiciones fijadas por Corte Constitucional, que en la sentencia SU-442 de 2016 explicó que:

La acción de tutela es procedente si se emplea cuando (i) el actor no dispone de otro medio judicial de defensa; o (ii) existen otros medios de defensa judicial pero es necesaria la tutela para evitar la consumación de un perjuicio irremediable;[[1]](#footnote-1) o (iii) los recursos disponibles no son idóneos o eficaces, toda vez que su sola existencia formal no es garantía de su utilidad en el caso concreto. En este último caso, la determinación de la eficacia e idoneidad de los recursos ordinarios no debe obedecer a un análisis abstracto y general. Es competencia del juez constitucional examinar cuál es la eficacia que, en concreto, tiene el otro instrumento de protección.[[2]](#footnote-2) Y para determinar esto último la jurisprudencia de esta Corte ha señalado dos pautas generales: primero, debe verificarse si los otros medios de defensa proveen un remedio integral, y segundo si son expeditos para evitar un perjuicio irremediable.[[3]](#footnote-3)

 Y el segundo, esto es, la inmediatez, implica que la acción se promueva en un término razonable, a menos que se explique con suficiencia por qué se ha dejado transcurrir el tiempo sin pedir la protección respectiva, o que se trata de una persona de especial protección o que se halla en situación de debilidad manifiesta. En la misma sentencia citada, dijo la Corte sobre este presupuesto y, concluyó sobre ambos que:

3.2. La procedibilidad de la acción de tutela está, igualmente, supeditada al cumplimiento del requisito de inmediatez. Éste exige que la acción sea interpuesta de manera oportuna en relación con el acto que generó la presunta vulneración. La inmediatez encuentra su razón de ser en la tensión existente entre el derecho constitucional a presentar una acción de tutela en todo momento y el deber de respetar la configuración de aquella acción como un medio de protección inmediata de los derechos fundamentales. Es decir, que pese a no contar con un término de prescripción por mandato expreso del artículo 86 superior, debe existir necesariamente una correspondencia entre la naturaleza expedita de la tutela y su interposición oportuna.

3.3. Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que el juez constitucional debe ser más flexible al estudiar la procedibilidad cuando el actor es un sujeto de especial protección, o cuando se encuentra en una situación de debilidad manifiesta[[4]](#footnote-4). En desarrollo del derecho fundamental a la igualdad, 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[[5]](#footnote-5). En el evento específico de la pensión de invalidez, las diferentes Salas de Revisión han sostenido que la pensión puede pasar de ser una prestación social de orden legal, a convertirse en un derecho fundamental inalienable, en especial cuando se trata de un sujeto de especial protección constitucional o en condiciones de debilidad manifiesta[[6]](#footnote-6). Seguidamente, han defendido la procedibilidad excepcional de la tutela a través de la cual se solicita su reconocimiento o pago, por considerar que los otros mecanismos de defensa no son eficaces en concreto para salvaguardar los derechos en juego.”

 En el caso concreto, es claro que los lineamientos jurisprudenciales para la procedibilidad del amparo se cumplen, si se tiene en cuenta que el accionante se reporta como una persona de especial protección constitucional, dada su condición de invalidez, si bien la pérdida de su capacidad laboral es del 54.53% (f. 9v, c. 1); además, lo que alega, precisamente, es la afectación de su derecho fundamental y el de su familia al mínimo vital, cuando reiteradamente manifiesta que el sostenimiento económico de su hogar depende de la subvención que aquí reclama, para lo cual aporta documentos y declaraciones que apoyan esas afirmaciones (f. 34 a 36), que no fueron contrariados por la demandada; en adición, ha intentado infructuosamente obtener la prestación deprecada y debido a sus particulares condiciones de salud, el proceso judicial no resulta idóneo para la efectiva protección de sus derechos.

 La Corte Constitucional, en la sentencia T-376 de 2011, reiterada en la T-716 de 2015, precisó que:

“La jurisprudencia constitucional ha manifestado que 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”.

 Es decir, que la subsidiariedad reclamada por el juzgado, se viene a menos y la inmediatez se cumple, en cuanto los actos administrativos datan de los meses de junio y agosto del presente año.

 Dicho lo cual, es oportuno enfilar el asunto por el principio de la condición más beneficiosa en materia de pensión de invalidez, como se propone.

 Sobre el tema ha insistido la Corte, como se lee en la sentencia antes citada[[7]](#footnote-7) y más recientemente, en la sentencia T-086 del 2018, en la que arribó a esta síntesis:

 19. Ahora bien, tanto la Corte Constitucional como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia reconocen el principio de la condición más beneficiosa. Sin embargo, el alcance de este principio fue un motivo de desacuerdo jurisprudencial. Durante varios años, la Corte Constitucional utilizó mayoritariamente la tesis amplia[[8]](#footnote-8) de la condición más beneficiosa, según la cual es posible aplicar cualquiera de los tres regímenes que han regulado el derecho a la pensión de invalidez sin límite de tiempo. Por su parte, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene una tesis restrictiva[[9]](#footnote-9), de la que se desprende que la norma aplicable es la inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez.

 **La Corte Constitucional zanjó esta discusión en la sentencia SU-442 de 2016 previamente referida. Esta providencia determinó que una solicitud de reconocimiento pensional puede examinarse conforme a las normas anteriores a la que se encontraba vigente cuando se estructuró una pérdida de capacidad laboral igual o mayor del 50%, con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa. Con respecto a su alcance en el tiempo, esta Corporación determinó que la condición más beneficiosa en pensiones de invalidez no se restringe exclusivamente a admitir u ordenar la aplicación de la norma inmediatamente anterior a la vigente, sino que se extiende a todo esquema normativo anterior bajo el cual el afiliado o beneficiario haya generado una expectativa legítima conforme a la jurisprudencia. Así mismo, estableció lo siguiente:**

 *“Por lo demás, una vez la jurisprudencia ha interpretado que la condición más beneficiosa admite sujetar la pensión de invalidez a reglas bajo cuya vigencia se contrajo una expectativa legítima, no puede apartarse de esa orientación en un sentido restrictivo, a menos que se ofrezcan razones poderosas suficientes que muestren que: (i) la nueva posición tiene mejor sustento en el orden legal y constitucional, (ii) los argumentos para apartarse priman sobre los principios de seguridad jurídica, confianza legítima e igualdad de trato que están a la base del respeto al precedente constitucional, y (iii) está en condiciones de desvirtuar la prohibición de retroceso injustificado en materia de derechos sociales fundamentales, establecida en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.”*

20. Adicionalmente, la referida sentencia realizó algunas precisiones sobre la aplicación de la condición más beneficiosa y reiteró la concepción de *“expectativa legítima”*. En particular, estableció que, en casos de pensiones de invalidez, sólo es posible aplicar la condición más beneficiosa a un usuario que tenía una expectativa legítima bajo una norma anterior.

 Para mostrar la aplicación de la condición más beneficiosa, dicha providencia reiteró el proceso llevado a cabo en las sentencias T-569 de 2015[[10]](#footnote-10)y T-065 de 2016[[11]](#footnote-11) de la siguiente manera:

 a)   el supuesto fáctico parte del caso de un usuario del sistema general de pensiones que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en vigencia de alguna de las dos normas anteriores a la Ley 860 de 2003;

 b)   la legislación en la que cumple los requisitos para acceder a la pensión de invalidez es derogada sin contemplar un régimen de transición;

 c)    el cambio de legislación hizo más gravosa la situación del usuario, en la medida en que con la nueva normativa no cumple con los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez;

 d)  con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo régimen, el usuario solicita el reconocimiento de una pensión de invalidez;

 e)   el usuario no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003;

 **Con fundamento en lo anterior, la Corte aplicó la condición más beneficiosa bajo el argumento de que el peticionario tenía una expectativa legítima, debido a que había cumplido con los requisitos establecidos para acceder a la pensión en alguna de las legislaciones anteriores**.

 En consecuencia, se evidencia que la jurisprudencia de esta Corporación ha aplicado la condición más beneficiosa exclusivamente en aquellos casos en los que una persona cumplió con los requisitos de un régimen derogado para acceder a la pensión de invalidez y en ausencia de un régimen de transición, con fundamento en que se han defraudado sus expectativas legítimas de acceder a una pensión dentro de un régimen que perdió vigencia.

 21. En conclusión, para aplicar el principio de la condición más beneficiosa es necesario que la persona que busca el reconocimiento de una pensión de invalidez: (i) cumpla con los requisitos exigidos para acceder a dicha prestación en un régimen derogado, lo que se constituye como una expectativa legítima de acogerse a él; y (ii) no cumpla con las exigencias requeridas en el nuevo régimen, el cual dejó sin efectos al anterior sin contemplar un régimen de transición para sujetos que hubieran cumplido con las condiciones previas.” (Se destaca)

 Eso impone a la Sala verificar si en cabeza del actor se encuentran acreditados los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, apoyada en la legislación anterior a la que se encuentra vigente, al momento en que se estructuró su pérdida de capacidad laboral del 53,54%.

 Con ello se siguen los lineamientos jurisprudenciales en torno a la aplicabilidad del principio de la condición más beneficiosa que rige el derecho pensional y la seguridad social.

 Para el efecto se recuerdan las normas bajo las cuales el cotizante realizó cotizaciones al sistema:

 Artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, vigente desde el 1º de abril de 1994 hasta el 28 de diciembre de 2003:

Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

 a. **Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.**

 b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

 Artículo 1º de la Ley 860 de 2003 vigente desde el 29 de diciembre de 2003:

 Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

 **1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.**

 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.” (Destaca la Sala)

 Para el análisis, Colpensiones, en los actos administrativos que negaron la prestación, solo tuvo en cuenta esta última normativa, no obstante, lo que deja ver la historia laboral del accionante es que cotizó 297 semanas entre el año 1992 hasta el mes de junio del año 2006; de las cuales 33.28 fueron recaudadas desde el mes de marzo de 1994 hasta octubre del año 2001.

 Con ello, para que quede dicho desde ya, se forjó una legítima expectativa pensional durante la vigencia del artículo 39 de la ley 100, antes de que fuera modificado por el artículo 1° de la ley 860 de 2003, régimen inmediatamente posterior al que ahora invoca para beneficiarse. Y así es, porque al momento de producirse el estado de invalidez, esto es el 16 de junio del año 2016, es decir su fecha de estructuración, se encontraba cotizando al régimen y ya contaba con la densidad de semanas requeridas en el artículo 39 de la ley 100 en su versión original, es decir más de 26.

 Existen sentencias de la Corte Constitucional[[12]](#footnote-12) que en situaciones análogas decidieron con el mismo fundamento de esta providencia, es decir, con base en la versión original del artículo 39 de la ley 100 de 1993:

 6.1. El 28 de junio de 2004 la Junta Regional de Invalidez de Risaralda emitió dictamen en el que determinó que el señor Darío  Sanz Lozano tenía una **pérdida de capacidad laboral del 52.38%** de origen común, con fecha de estructuración del **2 de septiembre de 2003**. En esa condición acudió a la Administradora de pensiones Colfondos en procura del reconocimiento de la pensión de invalidez, prestación que le fue negada el 29 de julio de 2004, **con el argumento que no cumplía con el requisito consistente en 50 semanas de cotización en los últimos tres años de contribución**, de acuerdo con lo señalado en el artículo 11 de la Ley 797 de 2003[[13]](#footnote-13).

 (…)

 6.4. El problema de fondo que la Sala se planteó al inicio de esta decisión  (Fol. 10) fue el de determinar si la decisión de la Corte Suprema de Justicia de casar la sentencia que confirmó aquella que reconocía el derecho del señor Darío Sanz Lozano a la pensión de invalidez, vulnera sus derechos fundamentales a la seguridad social, en conexidad con la vida digna, el debido proceso y el principio de favorabilidad en materia laboral. Para su análisis estableció unas premisas que serán confrontadas con la situación fáctica reseñada, a efecto de dar solución a la cuestión  sustancial planteada.

(…)

 6.6 El error sustantivo, en que incurrió la sentencia de 09 de agosto de 2006, se consolida y profundiza al constatar que ante el conflicto normativo que los intervinientes en el trámite de casación plantearon, el mencionado fallo omitió acudir al principio constitucional que impone optar por la situación más beneficiosa al trabajador para solventar las dudas que surjan en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho (Art. 53). No resultaba indiscutible para el sentenciador en casación que la situación fáctica pudiese ser resuelta a la luz de la norma que aplicó (el art. 11 de la Ley 797 /03). Por el contrario, la existencia de dos fallos concordantes que resolvían el conflicto a la luz de otro precepto (art. 39 Ley 100 de 1993), y la posición del demandante precedida de un análisis normativo serio, planteaban una clara divergencia interpretativa, que generaban una duda razonable que le imponía al Juez acudir al principio hermenéutico de la opción por la situación más beneficiosa al trabajador.

 La comparación de los preceptos en colisión hubiesen llevado al sentenciador de casación a constatar que las reglas del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión primigenia,  norma que invocó el afiliado y que aplicaron los jueces de instancia establecen condiciones más favorables de acceso a la prestación, teniendo en cuenta que para la hipótesis del peticionario que se encontrare afiliado al sistema al momento de su invalidez exige que *“hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez”;*en tanto que la disposición aplicada en relación con la misma hipótesis elevó la densidad de cotización a 50 semanas, las cuales debían ser aportadas en los 3 últimos años anteriores a la estructuración del estado de invalidez, y como requisito adicional estableció una fidelidad de cotización al sistema del 25%.

 Es evidente que la norma que muestra una situación más favorable al trabajador es la prevista en la versión primigenia del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. El conflicto generado en razón de tránsito normativo, y la declaratoria de inexequibilidad del precepto vigente al momento de estructuración del estado de invalidez, debió resolverse, entonces, con base en esta disposición. En contra de tal opción hermenéutica, que atendía los principios de cosa juzgada constitucional (243 C.P.) y situación más favorable al trabajador (53 C.P), la sentencia aplicó una norma más gravosa, y además formalmente inexequible - el artículo 11 de la Ley 797 de 2003 -, cuyos requisitos impedían al señor Sanz Lozano el acceso a la prestación de pensión por invalidez.

 6.7 La disposición aplicada se muestra, además, injustificadamente regresiva (*Cfr, supra 4.3*), vale decir contraria al principio de progresividad que debe orientar las acciones estatales en materia de derechos sociales,puesto que impone requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica de pensión por invalidez, no está fundada en razones suficientes que faculten al legislativo para disminuir los niveles de protección, afecta con una mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional, y no contempla medidas adicionales que contrarresten el impacto sobre los intereses jurídicos de los afiliados al sistema en el momento del cambio legislativo, como sería un régimen de transición.

 6.8 La aplicación de esta norma, que como se indicó resulta más gravosa, es inexequible y además regresiva, resulta irrazonable en el caso del señor Darío Sanz Lozano quien cumple con las condiciones exigidas por la Ley 100 de 1993, en su versión “original” para tener acceso a su pensión de invalidez, desde el momento que acaeció el hecho que configuró la discapacidad inhabilitante para el empleo, que según la Junta Regional de calificación fue en septiembre 2 de 2003. **En este sentido, como lo constataron los jueces laborales de instancia: *(i)* el ciudadano demandante perdió más del 50% de su capacidad laboral, según calificación de la Junta Regional de Risaralda (52.38%); y *(ii)*acreditó 63,7142 semanas de cotización desde el mes de abril de 2002 y hasta el mes de septiembre de 2003[[14]](#footnote-14). La norma en mención, a diferencia de la aplicada en el fallo cuestionado, no exige fidelidad de cotización con el sistema.**

 6.9 La constatación de esta circunstancia fáctica habilita a la Sala para,  prodigar protección constitucional (tal como ha acaecido en casos anteriores T-1291 de 2005, T-221 de 21006 y T-043 de 2007 que se muestran similares en la cuestión de fondo), al ciudadano Darío Sanz Lozano, a fin de que le sean restablecidos sus derechos al debido proceso, a la seguridad social concretado en su derecho a gozar de una pensión de invalidez, los cuales le fueron vulnerados por la decisión de agosto 09 de 2006, emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que incurrió en un error sustantivo producto de la omisión en la aplicación de los efectos materiales de la cosa juzgada constitucional (243 C.P.), el principio de favorabilidad en materia laboral (Art. 53 C.P.), y el principio de progresividad  de los derechos sociales.” (Destaca la Sala).

 A todo lo cual se suma que a este juicio asiste un persona que padece VIH; frente a lo cual la misma Corporación, en similares asuntos, ha resaltado la importancia de realizar una valoración desde una perspectiva *pro persona*[[15]](#footnote-15)*,* que garantice, en últimas el pleno ejercicio de su derecho fundamental a la seguridad social.

 Por lo expuesto, se revocará la sentencia objeto de alzada y, en su lugar, se concederá el amparo.

 En consecuencia se ordenará dejar sin efectos los actos administrativos por medio de los cuales, con fundamento exclusivamente en el artículo 1° de la ley 860 de 2003, se negó la prestación deprecada, para en su lugar ordenarle a la Directora de Prestaciones Económicas de Colpensiones, proferir nuevamente un acto administrativo teniendo en cuenta los lineamientos trazados en esta providencia, específicamente lo reglado en la versión original del artículo 39 de la ley 100 de 1993.

 Se adicionará la sentencia, para absolver a las demás dependencias de Colpensiones citadas al asunto, por no hallar de su parte transgresión alguna a los derechos fundamentales del actor.

**DECISIÓN**

En armonía con lo dicho, 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 Tercero de Familia local en esta acción de tutela que **Pedro José Marín Marín** promovió frente a la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES**. En su lugar:

1. Se concede el amparo de los derechos fundamentales reclamados.
2. Se ordena a la Dirección de Prestaciones Económicas de Colpensiones, en cabeza de Andrea Marcela Rincón Caicedo, o quien haga sus veces, que proceda, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación que de esta providencia se le haga, a dejar sin efectos las resoluciones SUB 1666227 del 23 de junio de 2018 y DIR 15237 del 21 de agosto del 2018 y expedir un nuevo acto administrativo teniendo en cuenta los lineamientos trazados en esta providencia, específicamente lo reglado en la versión original del artículo 39 de la ley 100 de 1993.
3. Se absuelve a los demás vinculados.

 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. El perjuicio irremediable es un daño a un bien que se deteriora irreversiblemente hasta el punto en que ya no puede ser recuperado en su integridad. No siendo todo daño irreparable, el perjuicio al que aquí se alude debe ser (i) inminente; (ii) grave; (iii) requerir de medidas urgentes para su supresión, y (iv) demandar la acción de tutela como una medida impostergable. Por inminencia se ha entendido algo que amenaza o que está por suceder prontamente. Es decir, un daño cierto y predecible cuya ocurrencia se pronostica objetivamente en el corto plazo a partir de la evidencia fáctica y que justifica la toma de medidas prudentes y oportunas para evitar su realización. Así pues, no se trata de una simple expectativa o hipótesis. El criterio de gravedad, por su parte, se refiere al nivel de intensidad que debe reportar el daño. Esto es, a la importancia del bien jurídico tutelado y al nivel de afectación que puede sufrir. Esta exigencia busca garantizar que la amenaza o violación sea motivo de una actuación extraordinariamente oportuna y diligente. El criterio de urgencia, por otra parte, está relacionado con las medidas precisas que se requieren para evitar la pronta consumación del perjuicio irremediable y la consecuente vulneración del derecho. Por esta razón, la urgencia está directamente ligada a la inminencia. Mientras que la primera alude a la respuesta célere y concreta que se requiere, la segunda hace referencia a la prontitud del evento. La impostergabilidad de la acción de tutela, por último, ha sido definida como la consecuencia de la urgencia y la gravedad, bajo el entendido de que un amparo tardío a los derechos fundamentales resulta ineficaz e inoportuno. Sobre los elementos constitutivos del perjuicio irremediable se pueden ver las consideraciones hechas en las siguientes Sentencias: T- 225 de 1993 (MP Vladimiro Naranjo Mesa), T-789 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-761 de 2010 (MP María Victoria Calle Correa), T-424 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-206 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-471 de 2014 (MP Luis Guillermo Guerrero Pérez), entre muchas otras. [↑](#footnote-ref-1)
2. El artículo 6 numeral 1° del Decreto 2591 de 1991 ofrece un desarrollo admisible de la Constitución Política, y de acuerdo con su texto, la disponibilidad de dichos medios debe ser *“apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”* (Dcto 2591 de 1991, art. 6.1). [↑](#footnote-ref-2)
3. Sentencia SU-961 de 1999 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa. Unánime). En esa ocasión, la Corte debía definir si una acción contenciosa era eficaz para resolver una determinada pretensión, y concluyó que no lo era. Por esa razón, juzgó que la acción de tutela debía considerarse el medio de defensa idóneo. En ese contexto definió los criterios para determinar si los otros medios de defensa judicial, distintos a la tutela, son eficaces. Lo hizo en el siguiente sentido: “[…] En cada caso, el juez está en la obligación de determinar si las acciones disponibles le otorgan una protección eficaz y completa a quien la interpone.  Si no es así, si los mecanismos ordinarios carecen de tales características, el juez puede otorgar el amparo de dos maneras distintas, dependiendo de la situación de que se trate. La primera posibilidad es que las acciones ordinarias sean lo suficientemente amplias para proveer un remedio integral, pero que no sean lo suficientemente expeditas para evitar el acontecimiento de un perjuicio irremediable. En este caso será procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, mientras se resuelve el caso a través de la vía ordinaria. La segunda posibilidad, es que las acciones comunes no sean susceptibles de resolver el problema de manera integral”. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver Sentencias T-719 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-456 de 2004 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-015 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-700 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-1088 de 2007 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-1042 de 2010 (MP Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-167 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-352 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva), T-225 de 2012 (MP Humberto Sierra Porto), T-206 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio) y T-269 de 2013 (MP María Victoria Calle Correa), entre otras. [↑](#footnote-ref-4)
5. Ver Sentencias T-1316 de 2001 (MP Rodrigo Uprimny Yepes), T-719 de 2003 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-456 de 2004 (MP Jaime Araujo Rentería), T-015 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-515A de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-700 de 2006 (MP Manuel José Cepeda Espinosa), T-972 de 2006 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-167 de 2011 (MP Juan Carlos Henao Pérez), T-352 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva) y T-206 de 2013 (MP Jorge Iván Palacio Palacio), entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. Ver las Sentencias T-292 de 1995 (MP Fabio Morón Díaz), T-1128 de 2005 (MP Clara Inés Vargas Hernández), T-062A de 2011 (MP Mauricio González Cuervo), y T-012 de 2014 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en que las diferentes Salas de Revisión de esta Corporación afirmaron la naturaleza fundamental del derecho a la pensión de invalidez en casos donde personas con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% reclamaban la mencionada prestación social. [↑](#footnote-ref-6)
7. También en las sentencias T- 190, T-235 y T-295 de 2015. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencia T-774 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas; Sentencia T-137 de 2016, M.P. Luis Ernesto Vargas. [↑](#footnote-ref-8)
9. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 11 de noviembre de 2015. Radicado 54093. M.P. Luis Gabriel Miranda. [↑](#footnote-ref-9)
10. M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez. [↑](#footnote-ref-10)
11. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. [↑](#footnote-ref-11)
12. Sentencia T-018/08 [↑](#footnote-ref-12)
13. - Artículo declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1056-03 de 11 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Beltrán Sierra. [↑](#footnote-ref-13)
14. Según lo estableció el juez laboral de primera instancia con base en registros expedidos por Colfondos, [↑](#footnote-ref-14)
15. Sentencia T-503/17 [↑](#footnote-ref-15)